

Trust Sixty Foundation

信託および信託類似制度の研究

トラスト60研究叢書

平成5年8月

財団法人 トラスト60

発刊にあたって

財団法人トラスト60の調査・研究事業として、信託の網羅的理解に資することを目的に、アメリカ・イギリス・ドイツ・フランス等の欧米諸国を中心に実用化されている信託や信託類似制度について、その内容と法的基礎を概観してみようということで、1990年3月に木下毅先生（当時立教大学法学部教授、現北海道大学法学部教授）を中心に委員5名で、「欧米における信託および信託類似制度研究会」を発足させた。約2年間で研究を完了させ、その後原稿執筆、出版準備を経て、今般本書を報告書として出版するはこびとなった。

信託（トラスト）は、中世封建制度下のイギリスにおいて、コモン・ローの法理を修正するエクイティの法理の伝統の中で生まれ、やがて資本主義経済の発展と信託のアメリカへの移入により、商事性を帯びた近代的な信託に変わって行った。このように信託はいわゆる英米法系諸国の独自の法制度と考えられ、ドイツ、フランス等いわゆる大陸法系の国々では無縁なものと考えられていた。しかし、資本主義経済が高度に発達しかつ一体化した世界経済の中で、資本主義の重要な経済的仕組みとしての信託的システムが存在するのは果してイギリス、アメリカだけであろうか、大陸法系の諸国でも信託ないし信託的機能を有する信託類似制度はあるのではないだろうか。このような観点から研究を進めていただいた。

本書では、その研究成果を総論と各論とに分けて報告している。総論では、信託および信託類似制度をグローバルな視野に立って法系論的に考察し、各論では、フランス、ドイツ、イギリスの欧州3国について各国別に信託およびその類似制度を論じている。また各論の最後に、イスラムにおいて、現在はあまり利用されていないが、かつて広く利用されていた「ワクフ」という信託に類似した制度についてその歴史的考察を行っている。

本書が信託を理解するうえで貴重な資料となり、さらに今後の信託制度の研究と発展に役立つことを願っている。

最後に、本研究会に参加された木下毅先生、落合誠一先生、新井誠先生をはじめ各委員の方々のご協力に深く感謝するとともに、厚くお礼申し上げる次第である。（河西記）

平成5年8月

欧米における信託および信託類似制度研究会

委員名簿

委員長 木下 毅 北海道大学法学部教授
委員 落合 誠一 東京大学法学部教授
新井 誠 国学院大学法学部教授
松岡 宏明 住友信託銀行法務部長
谷 義雄 住友信託銀行金融法人部

(順不同、敬称略 役職は本書作成時点)

目 次

第1部 総論

信託および信託類似制度の法系論的考察 [研究覚書] (木下 毅)	3
--	---

第2部 各論

ヨーロッパおよびイスラムにおける信託および信託類似制度

第1章 フランスにおける信託類似制度 (落合誠一)	73
第2章 ドイツ法の信託と英米法のトラスト (新井誠)	87
—ハーク信託条約の観点から—	
第3章 イギリスにおける商取引に関する信託および信託類似制度の事例 (松岡宏明)	103
第4章 イスラムにおけるワクフ (谷 義雄)	135

第1部 総論

信託および信託類似制度の 法系論的考察〔研究覚書〕

- I 信託と法系論
- II 英米法系における様式の典型的制度
 - 1 イギリス法圏における trust
 - 2 アメリカ法圏における trust
- III 非英米法系における信託類似制度
 - 1 ドイツ法圏における Treuhand
 - 2 フランス法圏における fiducie
 - 3 オランダ古法圏における bewind
 - 4 イスラーム法系における wakf
- IV 大陸法系諸国における信託の摂取
 - 1 リヒテンシュタイン（ドイツ法圏）
 - 2 ルイジアナ（フランス法圏）
 - 3 スコットランド（オランダ古法圏）
 - 4 日 本（大陸法系）

本稿は、信託および信託類似制度研究会における諸報告およびその調査結果をまとめた中間報告的な「研究覚書」であり、「論文」として公表するものではない。

I 信託と法系論

(1) 「ローマは、契約法の体系を割り出し、フランスは、不法行為法を体系化し、イングランドは、fiduciary relationships (信託関係) に関する法体系を構築してきた」⁽¹⁾といわれる。Fiduciary relationships に関する法体系を代表する制度が、trust (信託) であることは、改めていうまでもない。Maitlandによれば、trustは「イギリスの法曹が考え出したもっとも独特な偉業」といわれる。それは「きわめて弾力性および一般性に富む『制度』であり、contract (契約) と同様、柔軟で一般的である」。それは、「イギリス人にとっては、文明にほとんど不可欠のもののように思われるが、しかし、外国の法にはそれとまったく同様なものは存在していない。」⁽²⁾

Trustという文言は、古代北欧語の traust に由来するといわれ、英語の trow ないし true と同じ語源であるともいわれる。また、ドイツ語の trösten (生活を保証する)、オランダ語の troosten (慰める) とも無関係でないといわれる。

英米の trust は、「独創的で単純な発想に基づいている。すなわち、ある特定の財産に対し、ある者 (受託者と呼ばれる) が目的物を受託者として管理し、それを自由に処分することができるが、他の者は (しばしば時系列的に) この目的物の収益に対し一定範囲の権利を有するような仕方で、複数の者に権利が帰属するという発想である。この一元的な基本的発想は、コモン・ローにおいては、家族法、相続法、物権法、会社法・株式法、それどころか、不当利得法にまで用いられている」⁽³⁾のである。

この trust ほど、英米法の独特な様式を特徴づけている法制度は、他にはほとんど見当たらないといわれる。大陸法にとって trust がきわめて風変りな現象に思われるのは、英米法の場合ならば trust を用いて処理されている一切の生活上の課題を一挙に果してしまうような法形態が、大陸法の法秩序においてはどこにも見当たらないからだといわれる⁽⁴⁾。果してそうであろうか。

(2) 今日の世界には、数多くの実定法秩序すなわち「法体系」が併存しており、主権国家は一つの法体系の支配下にある地域すなわち「法域」(jurisdiction) を構成するのが通例である。複数の法体系の中に一定の共通ないし類似した要素を見出し、これらを法スタイル、法技術的要素、法文化的要素などによりグループ化したものが、「法系」(legal

system)⁽⁵⁾という概念である。「法圏」(Rechtskreis)⁽⁶⁾ないし「法家族」(famille de droit)⁽⁷⁾と呼ばれることもある。これらの概念は混用されてきたが、本稿では、世界の実定法秩序＝法体系を法意識の基本的差異に基づいて「東洋法」(アジア法文化)と「西洋法」(西洋法文化)とに大別し、それぞれを「法系」という中間概念を用いてグループ化し、さらに「法圏」または「法家族」もしくは「法族」という下位概念を用いて分類することとしたい。一例を示すならば、ギリシア法は、西洋法—大陸法系—ドイツ法圏(法家族)、オーストラリア法は、西洋法—英米法系—イギリス法圏(法家族)、日本法は、東洋法—極東法系、西洋法—大陸法系、および西洋法—英米法系の混合法系ということになる。

(3) 世界の種々の法秩序の相互比較という形をとった比較法の誕生は、1900年のパリにある。Edouard LambertとRaymond Saleillesによって開催された第1回比較法国際会議が、それである⁽⁸⁾。

しかし、比較法の前史がなかったわけではない。コモン・ローとカノン法とを比較し、両者の和解を試みたChristopher St. Germainの「神学博士とイングランド法学徒の対話」(1523)⁽⁹⁾は、その走りといえよう。17世紀初頭のFrancis Baconによるイングランド法とスコットランド法との比較⁽¹⁰⁾、比較法を法学の一部としたLeibnizの「法律学の学習と教授の新方法」(1667)⁽¹¹⁾、G. Vicoの「新しい学」、比較法の祖とされるMontesquieuの「法の精神」(1748)⁽¹²⁾などは、17・8世紀を代表する著作である⁽¹³⁾。19世紀前半は、A. Feuerbach⁽¹⁴⁾ およびE. Gans⁽¹⁵⁾の普遍法史としての比較法に代表され、19世紀後半に、A. Post⁽¹⁶⁾、F. Bernhöft、J. Kohler⁽¹⁷⁾などにより結実するに至る。しかし、ドイツにおける普遍法史学は、法学界の主流を占めることはなかった。むしろその流れは、H. Maine, Ancient Law (1861)⁽¹⁸⁾に引き継がれて行く。彼は、その中で「身分から契約へ」という法の発展法則を定式化し、わが国の穂積陳重の「法律進化論」(1924-27)にも影響を及ぼした。彼の歴史法学は、その後、F. Pollock、F. Maitland、P. Vinogradoffなどによって承継され、イギリス歴史法学派を形成するに至る⁽¹⁹⁾。

(4) 20世紀に入ると、フランスではR. Saleilles、E. Lambert、H. Lévy Ullmann、ドイツではE. Rabelの時代を迎える⁽²⁰⁾。法系論の分野では、1905年にA. Esmeinが、世界の实定法秩序を、歴史的形成過程、一般的枠組および独特な特徴に着目して、ロマン系、ゲ

ルマン系、アングロ・サクソン系、スラヴ系およびイスラーム系に分類して注目を浴びた⁹⁰。Lévy-Ullmann は、第1次大戦後、法源論的視座から世界の法体系を、大陸法系、英米法系およびイスラーム法系に分類している⁹¹。これらの他にも、人類を分類基準とする法系論、発生学的分類方法による法系論などもみられた⁹²。

第2次大戦後は、スイスの A. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre* (1945) (比較法論) が歴史的観点から、未開民族の法、古代文化民族の法、ヨーロッパ大陸法 (ローマ法圏、ゲルマン法圏、スラヴ法圏、アングロ・アメリカ法圏)、宗教法 (ユダヤ教法、キリスト教法、イスラーム教法) およびアジア諸国の法に分類し、比較法原論のモデルとなる。1950年には、2つの比較法概論が世に送られるに至る。その一つ Arminjon-Nolde-Wolff, *Traité de droit comparé* (1950-52) (比較法概論) は、法系の分類にあたって、それ以前の学説が主張してきた地理、人類その他の外形的要素にとらわれずに、各法体系の実質内容に応じて起源、派生、類似の関係を考えるべきであると主張した。彼らは、世界の実定法秩序を基本的法系と派生的法系とに分け、基本的法系としては、フランス法系、ドイツ法系、スカンジナビア法系、イギリス法系、ソヴィエト法系、イスラーム法系、インド・ビルマ法系に分類する。もう一つは、R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé* (1950) (比較民事法概論) で、イデオロギー的観点と法技術的観点とを分類基準とし、後者を前者に従属させた上で世界の法体系を、西洋法系 (フランス法群と英米法群)、ソヴィエト法系、イスラーム法系、ヒンドゥー法系およびシナ法系に分類した。彼の法系論の特色は、大陸法系と英米法系を統一する「西洋法系」(droit occidental) の概念を提唱した点にある。彼は、その後その第2版ともいうべき *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit comparé)* (1964) (現代大法系) を著すに至る。そこでは、法家族という概念を用い、法技術的要素とイデオロギー要素を同程度に決定的であるとして、今日の実定法秩序を、ローマ・ゲルマン法家族、コモン・ロー家族、社会主義法家族、および哲学的・宗教的法家族の4つに分類している⁹³。

これらの学説に対し、Zweigert & Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* (1971) (比較法概論) は、法のスタイル (Stil) に着目して、歴史的発展、特殊な法的思考方法、様式形成的法制度、法源の種類とその解釈方法およびイデオロギーをあげ、現代世界の実定法秩序を、ロマン法圏、ドイツ法圏、北欧法圏、英米法圏、社会主義法圏、極東法圏、イスラーム法圏およびヒンドゥー法圏に分類した。

これらの法系論の基礎をなしている分類は、西洋法を程度の差こそあれローマ法を継受し、法典化の洗礼を受けた大陸法系と、ローマ法の影響はある程度受けたものの、ゲルマン法が基調をなしてきた英米法系とに大別する。法系論の多くは、大陸法系をさらにローマ法の継受の程度に応じて、それを全面的に継受したドイツ法圏、ローマ的要素とゲルマン法的要素を併有するフランス法圏、実質的にはローマ法に起源を有するが、法典化はなされず、イギリス法が大幅に混入しているオランダ古法圏、ローマ法の影響を強く受けたわけではないが、旧い様式の法典を用いているスカンジナヴィア法圏に分類するのが通例である。

これらの分類を踏まえて、信託、準信託および信託類似制度を法系論的に考察する場合、英米法系における trust、ドイツ法圏における Treuhand、フランス法圏における fiducie、オランダ古法圏における bewind、イスラーム法系における wakf がパラレルな関係にあるように思われる。

以上の法系論は、欧米の比較法学者の目からみた分類であり、しかも「私法」の分野を前提とした基準である点で、二重に限界があったように思われる。東西法文化の差異を踏まえて法系・法圏を分類すれば、次のようになるであろう。



本稿では、以上に述べてきた法系論を基礎として trust およびその類似制度をグローバルな視座から比較考察することとしたい。

II 英米法系における様式の典型的制度

Trust (信託) ほど、英米法系の独特な様式を特徴づけている法制度は他にない、といわれる⁹⁰。Trust という法制度は、本来 England (イングランド) の土地法の必要性から生じたものであるが、次第に一般的な法制度として形成されるようになり、法生活の全領域にわたり実際の意義と非常に洗練された法的創造をもたらした⁹¹。Maitland によれば、「エクイティの偉業のうち、最も大規模でかつ最も重要なものは、trust の発明とその発達である。」「一例として、Bürgerliches Gesetzbuch (ドイツ民法典) を取り上げてみよう。Trust は、いずこに存在しているのであろうか、どこにもない。イギリスの実務家の眼から見れば、これほど大きな穴がある。外国人は、そもそも穴があること自体を理解していない。Gierke は『英米法系の trust というものを理解することができない』と私に述べた。われわれとしては、なぜそうなのかを問わなければならない。確かに、trust は、彼らが必要不可欠の法体系とみなすものにそう簡単には適合しないのである」⁹²と。

さらに重要なことは、trust という法形態が、英米法系の歴史的発展過程において、前述のごとく最も多岐的法分野において利用されてきたことである。

アメリカの Restatement (Second) of Trusts によれば、trust とは、「property (財産権) に関する fiduciary relationship (信託関係)」をいい、「当該財産権を保有している者をして、他人の利益のためにそれを管理するエクイティ上の義務に従わせるものであり、trust を設定する意思表示の結果として発生するもの」⁹³を指す。

Fiduciary relationship とは、高度の duty of loyalty (忠実義務) を負う関係であり、特に受託者と受益者、本人と代理人、後見人と被後見人との関係のように、当事者の一方が相手から信頼を受け、相手方の利益を念頭において行動ないし助言する義務を負っている関係が認められるものを指す⁹⁴。Confidential relationship の受信者は、相手方の利益を念頭におきながら、自己の利益も考えてよいとされるのに対し、fiduciary relationship の受託者は、もっぱら相手方の利益をはかるために最高度の信義誠実を尽くして行動ないし助言しなければならないとされる⁹⁵。受託者の負う重要な義務の一つは、受益者に対する高度の忠実義務であり、Restatement (Second) of Trusts §170 は、「受託者は、もっぱら受益者の利益のために信託財産を管理する義務を負う」と規定する。これにより、受託者は信託財産の利益のためにのみ行動すべきであるとされ、特に信託財産の利益と受託

者個人の利益とが衝突するような地位に身を置いてはならない、とされる。

Trust の設定は、contract (契約) ではなく、一種の property arrangement (財産的取決め) であり、設定の意思表示と受託者への信託財産の譲渡が原則として要件とされる。Trust の設定により、受託者は信託財産に対して legal title (コモン・ロー上の権原) を取得し (名義)、これをもっぱら受益者のために管理し、受益者は信託財産に対して equitable title (エクイティ上の権原) を取得することになる⁸⁰⁾。

このような英米における trust の本質的特色は、(1) 特定の財産権について、対世的に権利者とみられる者 (受託者) と、その財産権から生ずる利益を享受する者 (受益者) とが分裂し、(2) かかる分裂が、受託者をして受益者のために事務を処理せしめるという関係に伴うものであり、かつ、(3) 事務処理関係特有の「財産」と「権能」の分裂について、その復原が信託財産の独立性や利益享受者の一種の追及権によって準物権的に保護されている点にある⁸¹⁾。これらの特色から、trust は「財産の安全地帯」といわれることがある。

このように trust は、財産管理の制度であり、特定された財産が制度の中心をなしている。かかる視座から trust を定義すれば、「ある者 (委託者) が法律行為 (信託行為) によって、ある者 (受託者) に財産権 (信託財産) を帰属させつつ、同時にその財産権を、一定の目的 (信託目的) に従って、社会のためにまたは自己もしくは他人 (受益者) のために、管理・処分すべき拘束を加えるところに成立する法律関係⁸²⁾」ということになろう。

以上が狭義の trust の定義であり、charitable trust (公益信託)、resulting trust (復帰信託) および constructive trust (擬制信託) は、この定義に含まれていない。本稿では、これらの trust は、business trust を含めて、quasi-trust (準信託) と称することにしたい。

Resulting trust は、財産を取得したり、あるいはその代金を支払った者の黙示の意思を根拠として設定される quasi-trust ともいうべきものである。したがって、resulting trust は、委託者の意見に基づく行為に原因があることから、express trust (明示信託) の延長線上にあるとみることができよう。

これに対し、constructive trust は、関係者の意思に関係なく、直接法によって設定されることから、「法定信託」と称されることもある。Constructive trust は、明示的意思表示によって設定される express trust (明示信託) と、また当事者の推定意思に基づいて trust の成立が認められる implied trust (黙示信託) の一つである resulting trust とも

区別される。アメリカの裁判所は、constructive trust を認めようとする点では、イギリスの裁判所よりも、積極的であった。しかもアメリカにおいては、この発展はいまだ流動的である。詐欺、強迫などを用いて受け取った金銭により利得を挙げた者、錯誤によって利得した者、他人の金銭を横領して利得を収めた者などから、不正な利得を吐き出させる法技術としても用いられる。また agent (代理人) と principal (本人)、employee (被用者) と employer (使用者)、partnership (組合) の組合員相互間においても、他人の計算で財産を管理する者は、その管理に関して取得した一切の物につき法定受託者となる⁸⁹。さらに business trust (ビジネス・トラスト) も、この定義の外にある⁹⁰。本稿では、固有の trust のみならず、これら quasi-trust をも含めた広義の trust および非英米法系に見られる信託類似制度を考察の対象にすることとしたい。

Trust の母法秩序は、England 法にある。しかもそれは、エクイティの産み出した最も特徴的な制度であって、law of property (物権法) の一部をなすきわめて重要な制度であるばかりでなく、英米法系の様式を特徴づける典型的制度でもある。

1. イギリス法圏における trust

(1) イギリス (England と Wales を指し、Scotland および Northern Ireland は含まれない) における trust は、中世の use (ユース) にその源を発し、不動産 (とくに土地) を中心に個人間の民事信託として発達してきた。非英米法系における信託類似制度との比較で重要な点は、イギリスにおける trust が law of property (物権法) の一部を構成しており、law of contracts (契約法) 体系の下に位置づけられていないことである。

England は、改めていうまでもなく trust の発祥の地である。1066年の Norman Conquest (ノルマン征服) 直後に England に導入された use (ユース)、すなわち、封建領主の tenure (土地保有) の付随的条件 (後見権、婚姻権等の負担) (feudal incidents) を回避するため財産を教会に託する形態が、trust の起源といわれる。もっとも use が裁判所によって強制力を伴うようになるには、15世紀を待たなければならなかった。Use とは、“to A and his heirs to the use of B” といった形式を用いて A に権利を与えるが、その権利は B の利益になるように行使すべしとする処分である。コモン・ロー裁判所は、A を完全な権利者として扱ったが、エクイティ裁判所は、A を完全な権利者のように扱えば、A が不当に利得を取める可能性があるとして、A に B の利益のために権利を行使すべしと命じた。当初は、受益者が実質的な管理処分権を有する passive use (受動ユース) の形をとるものが多かったが、Statute of Uses による禁圧後も use upon use (二重ユース) という形式を踏むことにより、use による equitable interest の創設が可能とされた。そこから、死後の財産の整理と遺族への配分を目的として、個人が自己の資産を第三者に委託する trust の普及を見るに至る⁸⁰⁾。

このような歴史的背景から、イギリスの trust は、個人が財産を親戚、知人、弁護士などの個人受託者に委託する民事信託の形をとって発達することとなった。

イギリスの trust は、このように個人間の信託関係にその基礎を置いており、受託者の信託引受に対して対価が支払われることは期待されておらず、無報酬が原則であった。しかし、19世紀に入って、個人による信託引受のなかには、受託者による信託財産の横領など trust の本旨に反する管理処分が増加してきたため、制定法による規制が加えられることとなる。まず1850年、1888年および1893年に Trustees Act (受託者法)⁸¹⁾ が制定され、個人受託者の権利乱用から受益者を保護するため、Court of Chancery (大法官裁判所) に新受託者の選任権が付与された。次いで、Judicial Trustees Act 1896 (裁判所選任受

託者法)⁴⁰⁾が制定され、受託者による trust の執行が破綻した場合に、裁判所が公法人である受託者を選任することができるようになった。この法律は、trust を裁判所の完全な監督の下におくことにより、費用の節減、手続の簡素化をはかろうとしたが、あまり利用されなかったため、必ずしも所期の目的を達成できたわけではない。しかし、この立法措置によって公法人も trust の引受が可能となり、信託業務の普及には一役買った。1906年には、Public Trustee Act (公受託者法)⁴¹⁾が制定されるに至り、judicial trustee (裁判所選任受託者)の所期の目的を代って果しつつある。この官職は、単独法人であるが、いかなる遺言または継承的不動産処分のもとでも、受託者として任命されることが可能である。この場合、単なる保管受託者とされると信託財産はこの者に帰属し、積極的義務は他の受託者に託される。これに対し、通常受託者とされると、信託管理の権能と義務とを有することになる。イギリスにおける trust の重要性は、1922年および1925年の Law of Property Acts によって非常に高められた。というのは、これらの立法措置により、土地における future interest (将来権)は、trust の方法によるのでなければ設定することができなくなったからである⁴²⁾。

(2) イギリスにおける trust は、自然人が設定者となり、自然人を受益者とする一身専属的な personal trust (個人信託)が一般的である。将来に向けて可能なかぎり配偶者、子その他の親族の者に継承的に財産権が移転するように財産を処分する settlement (継承的財産設定)は、その典型的なものであった⁴³⁾。そのような trust においては、被相続人の親友が受託者として慎重に遺産を管理し、被相続人の遺族を援助することをもって名誉ある職務と考えていたという社会的慣行が背景に存在していた。その結果、遺言執行ないし遺言による財産管理を目的とする民事信託が発達し、通常私人(個人)が受託者となるケースが多かった⁴⁴⁾。

このようにイギリスの trust は、個人間の高度の fiduciary relationship (信認関係)を中心に発達してきたため、事業性のある trust の入り込む余地があまりなかった。法制度的にも、法人が受託者となること自体、1925年の Trustee Act の制定を待たなければならなかったのである。そのこともあって、法人が信託的業務を商事信託として取り組むようになるのは、20世紀に入ってからのことである。その結果、信託財産の運用範囲も次第に拡大されていく。かかる傾向を反映して、商業銀行 (Barclays, National Westminster, Midland, Loyd など19行)、その子会社である信託会社、保険会社などの信託業務

も、遺産の取りまとめ業務と呼ばれる個人の遺言関連業務が中心をなすに至る⁴³⁾。

こうして現在では、イギリスにおける信託業務は、個人受託者、裁判所選任受託者のほか、法人組織によっても営まれている⁴⁴⁾。

これらのほか、受託者に絶対的裁量権を与え、受益者、その家族等の生活維持のために収益を用いるように命じる protective trust (保護信託)⁴⁵⁾ も、イギリスの個人信託を特色づける制度といえよう。

(3) 他方、trust は、資本主義の高度化とともに利潤追求手段としても利用されるようになる。そのはしりは、1860年代に誕生した investment trust (投資信託) であった。こうして信託財産の内容も、不動産中心から、金銭、有価証券へと移行していく。イギリスは、金融制度としてユニヴァーサル・バンキングを採用してきたため、銀行が証券業務、信託業務、保険業務を行うことについては、制度上なんらの制約もない。それ故、会社組織による信託業務は、信託部門を有する銀行、信託会社、保険会社などにより営まれている。信託会社の営む業務は、遺言の執行、財産管理を中心とする個人信託をはじめとして、unit trust (ユニット・トラスト) を中心とする investment trust (証券投資信託)、debenture trust (社債受託信託)、pension trust (年金信託) などの商事信託業務に及んでいる⁴⁶⁾。

しかし、イギリスの信託業務は個人受託者の占める比重が高く、法人受託者のウエイトは、第1次大戦から第2次大戦にかけて増したとはいえないものの、現在でもアメリカにおけるほどにはなっていない。銀行等の法人受託者の行う信託業務においても、その約3分の2は遺言関連の個人サービスの業務によって占められていると推測されている。Executorship (遺産の取りまとめ)、遺言による財産管理が、その中心をなす。とはいえイギリスも、世界有数の金融センターの一つであり、1980年以降、投資関連サービスの不祥事件が続発し、投資家の被害が大きくなってきたことから、投資者保護のための新たな枠組すなわち投資関係の金融サービスを規制するシステムの構築の必要性に迫られていた。主務大臣の授権による自主規制というイギリス的対応が、注目される⁴⁷⁾。

最近では、trust に基づく管理は、大巾に銀行、信託会社等に移行しつつあり、これらの機関は信託財産を専門家として管理する業務を引受けるようになる。このような集団信託の場合は、受託者に対する報酬を伴うのが通例である。

集团的投資計画の中で最も一般的なものは、一般投資家から資金を募集し、受託会社が

投資顧問会社のようなファンド・マネージャを通して証券市場で運用する investment trust であり、信託型のもとは会社型のものがある。前者のイギリス版が unit trust である。Unit trust では、個々の投資家が委託者となる。投資家は、ファンド・マネージャを通じて受託会社に一定の投資資金を引渡し、受託会社は、その資金とそれによって買入れた投資物件を投資家のために trust として保管することになる⁶⁸⁾。資産の運用を行うファンド・マネージャは、受託会社との間に取引を設定し、trust deed (信託証書) の中にそれを具体化する。次に、ファンド・マネージャは投資家を見つけ出し、受託会社をして投資家にユニット (unit—資本構成単位) を発行させるため、受託会社に資金を引渡し、あたかも信託証書の当事者であるかのごとく取扱われることになる。その信託証書の実体は、unit trust scheme deed、すなわち「将来信託を設定するという合意」にすぎない。これらの資金が受託会社に帰属するまでは、この信託財産の受託会社ということはありません。こうして受託会社は、投資家からファンド・マネージャに支払われる金銭を実際に受領したときにはじめて、当該金銭の受託会社になる。投資家が金銭をファンド・マネージャに対してユニット買入れという広告された目的に当てられるものと明示して引渡したときに、ファンド・マネージャは当該金銭を受託会社に引渡すという目的の trust として保管することになる⁶⁹⁾。当初は、受託会社との関係で、引続いて信託証書の当事者であるかのように取扱われる投資家との関係で引受けた権利義務を履行するために、ファンド・マネージャは信託証書の当事者とならなければならない。ファンド・マネージャは、その時点では未知の・未確定の人のための受託者 (fiduciary) として行為するわけではなく、自己の利益目的のために行為するものと解さざるをえない。ましてファンド・マネージャが、投資家の代理人 (agent) として行為することは、本人が存在しない以上不可能である⁷⁰⁾。この unit trust では、商業銀行がファンド・マネージャとなって、受益証券の売り出し、運用指図などを行うのが、通例である。

これに対し、同じ証券投資信託でも、会社型の場合は、投資会社 (investment company) 自体が株式を発行して資金を集め、投資会社の資産を証券投資に運用する。イギリスの会社法は、わが国と同様、資本維持の原則を厳格に適用し、会社が有限責任の場合の資本減少はきわめて限定的で裁判所の許可を要件としている。それ故、イギリスでは、クロウズド・エンド型が一般的であり、資本構成は一般に普通株、優先株および社債からなっており、その発行証券は取引所ないし店頭で公開され、そこで価格が形成されて、売買が行われる。したがって、投資家は株式譲渡以外の方法では会社に対して直接その発行

証券の買戻し（償還）を求めることはできないため、会社型は投資手段としては必ずしも適していないことになろう。

従来から存在していたこのクロウズド・エンドの会社型証券投資信託は、1930年代に誕生した比較的新しいオープン・エンドの信託型証券投資信託である unit trust によって取って代られることとなった⁶⁰。

イギリスでは、Financial Services Act 1986（金融サービス法）の制定に伴い、新たに集団的投資計画（Collective Investment Scheme）の対象に、従来の有価証券のほか、一層リスクの大きい不動産、商品（commodity）、先物・オプション（futures & options）なども含ませるに至った。その趣旨は、安全性を損なわずに unit trust の射程範囲を拡張し、適切な資力と経験のある投資家に、投資に関する情報を開示（disclosure）した上でより投機的な性格のユニットを合法的に提供できるようにすることにある。

従前は、legal list rule（法定銘柄原則）により、信託条項に特約がないかぎり、投資対象は国債、地方債など安全性の高い銘柄に限定され、土地・建物を投資信託の目的物にすることは禁じられていた。今や新しいタイプの Authorised Property Unit Trusts = APUTs が登場するに至る⁶¹。さらに、リスクの高い Futures and Options Funds = FOFs および Geared Futures and Options Funds = GFOFs も、新しいタイプの投資信託として加わった⁶²。

第3に、個人向けの資金運用サービスとして、Investment Management Portfolio Service（投資管理）がある。これは、アメリカ型の本来の信託商品であるファンド・トラスト類似の商品のようであり、銀行の名において顧客のために裁量を行使して運用されている⁶³。

第4に、pension trust（年金信託）がある。イギリスの年金には、Social Security Act 1973 および Pensions Act 1975 により基礎年金（basic pension）と収入に応じた付加年金（additional earning-related pension）とからなる公的年金（state pension）、信託を用いることにより税法上の恩典に浴しうる制定法適用除外の特約（contracting out）禁止付企業年金スキーム（occupational pension scheme）および個人年金（private pension）がある。イギリスの企業年金は、純粹に私的な年金であるわが国の適格退職年金と異なり、公的年金の肩代りとしての性格が強いといわれる。その法的構造は、従業員（受益者）が使用者たる企業に一定の掛金を支払い、企業は自己の負担する醸出金と合わせて、労使共同醸出の基金を信託財産とし、生命保険会社を受託者として信託を設定

する（保険型年金計画）か、または企業自らを受託者として信託宣言をする（自己管理型年金計画）。その場合、撤回権の留保があると掛金の支払いがあっても損金、必要経費扱いがなされないのが、撤回不能信託という形をとるのが通例である。受託者は、個人、使用者またはその両者である場合が多いが、特別に子会社を設立して専用受託会社としたり、銀行、保険会社、コンサルタント会社などからなる複数受託会社の形をとる場合も少なくない。投資活動をする受託者は、Financial Service Act 1986 上、authorisationが必要とされるが、投資判断を投資顧問会社などの第三者に委ねている場合は、この限りでない。資産運用の方法としては、合同運用の可能性もある⁶⁹。

(4) Republic of Ireland (アイルランド) の trust も、コモン・ローの法制を継受したため、イギリスと大同小異といってよい。復帰信託ないし擬制信託と区別される第3のカテゴリを創り出しているのは、小異の一例である。裁判所は「遺言者が、遺言書によると否とを問わず、自己の資力に従って子供のために道德義務上残すべきものを残していないと判断したとき⁷⁰は、子供に対して財政的措置を講ずべき裁量権が与えられる。

同様に、Canada においても、フランス法圏に属する Quebec 州を除き、イギリスの信託制度を摂取してきたので、法理的にはイギリスの trust が制度化されている。しかし、trust 業務の面では、地理的關係もあってアメリカの影響が強い。カナダ的特色としては、制定法の定めにより設定される種々のタイプの statutory trusts (制定法上の信託) がある。Public Trustee (公受託者) に加えて、死者の遺産の執行人ないし管理人 (Ontario Devolution of Estates Act §2)、建築工事に関する lien (リーエン) の請負人 (contractor)、下請人 (subcontractor) または所有者 (Ontario Mechanics Lien Act §2)、依頼人のための信託勘定を有するソリシタ (solicitor)、被用者の休暇中の給与を管理する雇用者、源泉徴収した所得税を保管する雇用主、婚姻財産に関し妻に対して義務を負担する夫、会社の取締役などは、当事者の意思にかかわらず制定法上 trust が存在するとされる⁷¹。カナダにおける法人による trust 業務は、1882年に The Toronto General Trust Corporation によりはじめて trust 業務が開始されて以来、trust 会社によって取り扱われている。別言すれば、trust 会社は銀行業務を兼営することができず、銀行も trust 業務を行うことができないことになっている。Trust 会社が営む業務は、アメリカの場合と同様、個人 trust 業務、法人 trust 業務、pension trust 業務等から成る⁷²。

Australia および New Zealand も、イギリスの trust 制度に追随してきた。アメリカの spendthrift trust (浪費者信託) の代わりにイギリスの protective trust (保護信託) を採択したのは、その例である。Australia 独自のものとしては、法によって設けられた Advisory Trustee (助言的受託者) の制度が注目されよう。その主たる任務は、受託者に対して遺産、受益者等に関する個人的専門的な情報および能力を提供することにある⁶⁸⁾。

植民当初、移民にとって遺産等の財産管理が容易でなかったこともあり、1872年に New Zealand において Public Trustee Act (公受託者法) が制定されたのを皮切りに、1881年には Australia においても public trustee が設けられるに至った。Public trustee としての機能は、遺産管理人としての機能から生れた遺産の管理、遺言の執行、信託財産の管理等と、弱者保護の公共的機能とに分けられる。銀行業務と信託業務とは、カナダの場合と同様分離されており、1878年 Melbourne に創設された The Trustees Executors and Agency Co. Ltd. は trust company の最初の例である⁶⁹⁾。

India (インド) においては、イギリス本国の trust 法理がそのまま導入されたが、1829年以降行われてきた法典編纂運動の結果 India Trust Act, 1882 として制定法化されている⁷⁰⁾。

2. アメリカ法圏における trust

(1) アメリカにおける trust は、イギリス領アメリカ植民地の時代にまで遡る。当時 Boston を中心とする New England 地方では、弁護士等を個人受託者として、遺言の作成や遺産の管理が行われていた⁶¹⁾。19世紀中葉に至るまでは、イギリスの影響の下にこの種の personal trust (個人信託) が中心をなし、家族の中の弱者 (未成年者、無能力者、破産者、浪費者) を保護するための family trust (家族信託) が主流を成すに至る。イギリスでは無効とされた spendthrift trust (浪費者信託) がアメリカで有効とされたことも、興味深い⁶²⁾。これに対し、イギリスに伝統的な settlement (継承的不動産処分) は、大半の州では当初からあまり用いられていなかった⁶³⁾。

Personal trust のもう一つの形式として、charitable trust (公益信託) がある。信託財産の管理は、必ずしもある特定の受益者のために行う必要はない。設定者は、財産からの収益をある特定の目的、たとえば、慈善、教育、宗教活動その他公益的目的に用いるために、trust を設定することができる。受益者は特定人であってはならず、永久拘束禁止則 (rule against perpetuities) は適用除外とされ、税法上は優遇措置があり、可及的近似則 (cy-pres) の適用もある⁶⁴⁾。

しかしながら、アメリカ法圏を特徴づける trust は、個人信託と区別される「事業性のある信託」(営業信託) であろう。それは、受託者として個人よりも法人 (会社) を重視し、金融の手段としての役割を果たす点で特徴的である。歴史的には、19世紀以降、資本主義の高度化とともに、法人組織の経営が普及を見るようになり、trust についても法人組織により業として営むものが発生した。別言すれば、信託業務の担い手が個人から法人へと移行し、金融業務を営むことを目的とする信託業も、法人信託業務ないし法人代理業務の比重が高まって行く⁶⁵⁾。

アメリカは、移民の国であり、植民者相互間の信頼性が希薄であったこともあって取引は市場中心に行われ、市場取引型の有価証券が資金調達を中心に据えられたため、社会における富の蓄積も、株式、債券その他の有価証券を中心に形成されることとなった。それに伴い、trust は、有価証券の管理、運用の手段として活用されるようになり、個人資産の有利な運用や、会社における株式発行の適正な管理などの財産管理業務として発達していく。こうして、信託財産も、金銭中心から有価証券に移行する⁶⁶⁾。

アメリカにおける trust company (信託会社) の最初の事例は、1822年に New York

州において設立された Farmer's Fire Insurance and Loan Company であると推測されている。1823年には Massachusetts Hospital Life Insurance Company も信託業の認可を受け、その後他の州においても法人による信託業が認められるようになる。当時の信託業はもっぱら個人の財産管理、代理業務が中心で、そのほとんどが生命保険会社ないし火災保険会社の副業として営まれており、社名にも必ずしも 'Trust' (信託) の文字を用いていなかった。しかし、信託業の発達に伴い信託業務中心に転換していく事例も増え、1830年には New York Life Insurance and Trust Company が出現した。その後、trust company は、個人に対する信託業務中心から法人に対する信託業務・代理業務中心へと移行するとともに、銀行業務も兼営するようになる。これにより、トラスト業務が大いに発展し、近代的なトラスト業務の骨格が形成されるに至る。特に1890年代に入ると、その数も急速に増加し、活動範囲も拡大してきたため、national bank (連邦免許銀行)、savings bank (貯蓄銀行) とも競業的關係に立つようになってくる。Trust company が銀行業務に進出するようになるにつれ、銀行もこれに対抗して信託業務を兼営するようになった。

20世紀に入りまず州免許銀行 (state bank) が州法上信託営業権を取得し、1913年に連邦免許銀行の信託営業が確立する。それ以降、信託業務は銀行業務と密接に結合して発展する。現在、信託業務だけを専業とする trust company は少なく、連邦免許銀行ないし州免許銀行が信託業務を兼営する形態が多い。Trust company が営む業務は、個人信託業務と法人信託業務とに大別されるが、後者のウェイトが高まっていく¹⁾。こうして1890年以降、連邦免許銀行の参入、新種業務の出現により、信託業務は大いに発展を遂げ、隆盛をきわめるに至る。マサチューセッツ州では、株式、担保付社債などの資産を信託の枠組を用いて柔軟に管理運用する道を開いた。Harvard College v. Amory, 26 Mass. 446, 9 Pick. 446 (1930) は、それまで信託財産の投資運用を制限していた州法上の legal list rule (法定銘柄原則) を緩和し、「慎重人準則」(prudent person rule) を定式化して、受託者に投資について自由裁量権を与えるに至る。この新しい法準則は、専門的受託者が投資目的を開発することを可能にした。最近では trust に基づく管理は、ますます銀行ないし trust company に移行し、これらの金融機関は、信託財産を専門家として管理する業務を引き受けている。現在、アメリカの金融機関の信託部門で提供されているサービスは、① personal trust (個人信託)、② corporate trust (法人信託) および ③ employee benefit trust (従業員福祉信託) に分類されるのが、通例である。特に近時の傾向として

顕著にみられるのは、trust (信託) に代って agency (代理) による受託が増加したことであろう。この点は、アメリカ法圏における特徴をなすものと思われる⁹⁰⁾。

(2) アメリカの金融機関において提供される個人顧客向けサービスである personal trust (個人信託) には、生前信託 (living trust)、遺言信託 (testamentary trust) を問わず、①家族の中の弱者を保護するための family trust (家族信託)、②個人信託業務の伝統的業務である estate administration (遺産管理)、③有価証券の売買に伴う決済、元利金、配当金等の受け入れを行う custody service account (保護預り) および④投資内容について顧客にアドバイスする investment management account (投資マネジメント) などがある。

Family trust (家族信託) は、その大半が主として未成年者、無能力者、破産者、浪費者といった家族の中の弱者を保護するためのものが多く、比較的短期の caretaker trust (世話人信託) ともいうべき保護信託的性質のものが一般的である。特にアメリカのほとんどの州で有効とされている spendthrift trust (浪費者信託) は、その最たるものといえよう。この種の trust では、委託者は信託の撤回権ないし修正権を留保しているのが通例である。

さらに、金融機関の信託部門が裁判所の指名を受けて後見人 (guardian) となり、未成年者等の行為無能力者である被後見人 (ward) の財産を管理する場合もある。その場合、金融機関は裁判所の代理人であり、被後見人の財産権が後見人たる金融機関に移転することはない。それ以外の家族信託としては、イギリスに伝統的な settlement (継承的不動産処分) もあるが、当初からあまり好意的でなかったこと前述のとおりであり、ニューヨーク州のように rule against perpetuities (永久拘束禁止則) を修正して行っている例もある⁹¹⁾。

Estate administration (遺産管理) は、金融機関の信託部門が遺言執行人 (executor) または遺産管理人 (administrator) として、検認 (probate) を受けた遺産の名義人となり、死者の葬式費用を含む遺産管理費用の支払、債権の回収、公租公課を含む債務の支払、純資産の分配等を行う業務で、personal trust の典型的な場合である⁹²⁾。

Custody service account (保護預り) には、金融機関の信託部門が代理契約により有価証券の売買に伴う決済、配当金、利金などの受入れ、償還、新株の引受の通知等を行う custody と、株式、債券の単なる保管サービスを提供するに留まる safekeeping とがあ

る。いずれの場合も、金融機関に財産権が移転することはなく、また金融機関が財産の運用責任を負うこともない¹⁰⁾。

最後に investment management account (投資マネジメント) は、金融機関の信託部門が投資内容 (個々の投資対象から投資ポートフォリオに至るまで) を分析し、investment advisory agent (投資顧問エイジェント) として投資助言サービスを提供したり、managing agent (運用エイジェント) として投資裁量権を行使して証券の売買を行ったりする業務をいう。証券の売買に関し、前者の場合は委託者の同意を要するが、後者の場合は委託者の承諾なしに行われるのが通例である¹¹⁾。

(3) 次に、法人顧客向けのトラスト・サービスには、investment advisory service (投資顧問サービス)、corporate trust (法人トラスト)、custody service (保護預りサービス) などの業務がある。Investment advisory service には、証券投資信託、商品投資信託、不動産投資信託、土地信託などがあり、corporate trust には債権保証信託、債務保証信託などがある。その他にも債券所持人保護委員会、清算信託、議決権信託などがあり、事業性がある点で共通している¹²⁾。

Trust は、投資をマーケット化する手段として用いられることがある。Investment trust (証券投資信託) はその典型例で、その法的構造には3種類のものがある。第1の型は、株式ないし社債を発行している投資会社はその売得金を種々の証券に投資し、分別した fund の interest (権利) を売り出す型で、ここには厳密な意味での trust は存在していない。第2の型は、会社が株式を受託者に預託し、その株式の certificates of interest (権利証書) を発行するもので、ここでは trust が投資手段として用いられている。第3の型は、business trust (ビジネス・トラスト) 型で、証券を信託的に保有し、その証券上のエクイティ上の権利をその所有者に与える shares (持分権) を表章する certificates of participation (利益配当証書) を発行するもので、investment company ないし investment trust という用語があてはまるものである。Investment company は、分割払型額面証書 (無担保社債) を発行し、満期に定額を償還する face-amount (certificate) companies (額面証書会社)、特定銘柄の証券 (その多くは投資会社の株式) を保有し続ける unit investment trusts=UIT (単位型投資信託) および management companies (投資管理会社) に区分される¹³⁾。

UIT と mutual fund は、1920年代に誕生して以降、大きく成長してきた。UIT は、小

小口投資家の損失のリスクを分散しうる点に主要なメリットがある。UITの実体は、投資のためにプールされた資金であり、通常は、証券会社、金融機関などの専門家により管理される。

事業組織がトラストという形式をとる場合は、investor-purchaser（投資家）がtrust上の権利を購入することになる。Management companiesは、closed-end（固定型）とopen-end（追加型）とに分かれ、新しいsharesが継続的に公募され、請求すれば償還される（買取請求権のある）open-endのものをmutual fundと呼んでいる。Mutual fundは、investment advisor（投資顧問）に運用を委ねるのが、通例である⁷²。

Mutual fundは、小口投資家の証券への投資を多角化するとともに、ポートフォリオの専門家の継続的な投資管理と投資家のfund持分権といつでも売却できる市場を提供している。このfundは、投資家が提示する持分権を純資産価格（net asset value＝提示時のfundの持分権の市場価格）で償還する。

UITおよびmutual fundは、Securities Act of 1933（証券法）によるdisclosure ruleに従わなければならない、Securities Exchange Act of 1934（証券取引所法）の詐欺防止規定、Investment Company Act of 1940（投資会社法）の自己取引その他の利益相反行為の禁止規定、Investment Advisers Act of 1940（投資顧問法）の専門的助言機関などの規制をも受ける。1970年のInvestment Company Actの改正により、投資顧問に関しても、そのサービスに対し投資会社が支払う報酬を受領することによってfiduciary relationship（信認関係）が発生することとなった。

以上は、いずれも投資家から資金を集め、それをsecurity（証券）に投資する会社型の機構である。これに対し、これらの会社型以外にも、イギリス、ECに普及しているunit trustに近いunitary investment fund＝UIF（ユニタリ投資基金）がある。UIFは、現在のopen-endのinvestment companyの代替案で、実際にはあまり機能しておらず、コストばかり蓄む株主総会、取締役会などを置かないですむという利点がある⁷³。

Investment trust（証券投資信託）に類するものとして、commodity investment trust（商品投資信託）も逸することができない。商品、futures（先物）、options（オプション）などへの投資信託が、それである。商品ファンドは、Commodity Exchange Act（商品取引所法）およびそれに基づくCommodities and Futures Trading Commission＝CFTC（連邦商品先物取引委員会）の規制に服し、Commodity Pool Operator＝CPO（ファンド設定、運用管理を行う者）およびCommodity Trading Advisor＝CTA（運用

指図を行う者)に登録制を採用するとともに、disclosure 規制を中心とする規制を行っている⁹⁰。

Common trust fund (共同信託基金)も investment trust に類する。この制度は、法人受託者 (corporate trustee) が委託された多数の個人の小口の信託財産を合同運用するため、一つにまとめて設定する trust fund (信託基金)で、株式、社債などへの投資運用を大口化することによって効率的、経済的運用をはかり、管理コストを節減するとともに、投資に伴うリスクを分散することを目的としている。本来信託財産は、受託者の固有財産や他の委託者からの信託財産とは分別して管理されるのが原則であり、この基金は分別管理義務に違反するおそれがあるため、州制定法によりその設定が法人受託者に授權されている州が多い⁹¹。さらに、investment trust の特殊の形態として、不動産を投資対象とする Real Estate Investment Trust=REIT (不動産投資信託)がある。この制度が普及した背景として、多くの州で投資目的による土地所有を法人に対して厳しく制限していたことがあげられよう。

REIT は、Real Estate Investment Trust Act (不動産投資信託法)の制定により、1960年に連邦税法上特別に優遇措置を講じられた business trust の一形態である。その起源は、19世紀の Massachusetts 州に遡る。当初は、投資目的で不動産を取得することを禁止する州法を回避する手段として考案されたが、この business trust に対する法人税が非課税であったため、不動産の共同所有という形で急速に普及するに至った。その後、1935年の判例により信託財産にも会社と同様課税されることになったため、一時消滅する運命をたどるが、1960年の税制改正により非課税とされることとなった。こうして、REIT で発生した税引前の不動産収益の100%を投資家へ pass through することが可能となり、REIT は、証券投資信託と同様、一般投資家から資金を集め、これをトラスト財産としてプールし、ファンド・マネジャのポートフォリオに組み入れて運用する投資形態に成長した。1976年の税制改正以降は、partnership trust のみならず、株式会社形態をとっても二重課税を回避することが可能となった⁹²。

いわゆる land trust (土地信託)は、主に土地開発を目的として、土地の所有に伴って生ずる権利と義務を調整するものである。Land trust (土地信託)の受託者は、deed in trust (信託証書)により登録財産の権原 (title) を譲渡されるが、受益者は、全受益権を有する実質的所有者である。この受益権は、証券化される場合 (オハイオ型)と証券化されない場合 (イリノイ型)とがある。いずれの場合も、受託者は裁量権を有しておら

ず、trust という構成はとるが、名目的なものにすぎない。受益権は、trust agreement (信託合意書) により不動産ではなく動産とされていることから、受益者は不動産を差押える lien (リーエン) から保護されている。土地信託は、Illinois 州 (特に Chicago のある Cook County (県) の 80パーセント) で最も普及しており、他の法域におけるモデルとなっている。それは、取消不能の生前信託であり、信託財産を管理処分する権限を有しているのは受益者であって、受託者は受益者の指図によって行為することができるにすぎない⁷⁷⁾。

20世紀に入ってから「債権担保」ないし「債務支払」を目的として発展してきた trust 制度がある。trust indenture (信託証書) と呼ばれる現代に特有の制度が、それである。州によってはかなり以前から、受託者に信託財産となる財産 (なかでも不動産) を譲渡するため、あるいは、債務者が不動産の legal title (コモン・ロー上の権原) を第三者に受託者として譲渡し、それを金銭債務の担保として保有するよう指示するため、deed of trust (信託証書；担保のための信託証書) を用いてきた。担保のための deed of trust は、土地の買主がその購入資金を借入れるにさいして第三者である受託者に土地を譲渡すると同時に、deed of trust を作成し、弁済期までに履行がない場合、受託者は、弁済に充当するため、裁判手続を経ることなくその土地を売却に付す旨規定する。

その後、deed of trust は、きわめて複雑な trust indenture の制度に発展し、鉄道会社のレイル、車輛などの施設・設備の設備信託 (equipment trust) をはじめ大企業の全資産を対象とするに至る。最近では、社債を発行するさいに発行会社と社債受託会社との間で取り交わされる合意書を指すことが多い。公募社債に関しては、Trust Indenture Act of 1939 (信託証書法) の適用があり、一定の資格を有する受託会社を設立し、一定の内容の trust indenture を作成することが義務づけられている。Trust indenture には、債券所持人に対する default の通知、default 前とそれ以後の受託者の義務に関する規定等がなければならぬとされている⁷⁸⁾。

1920年代後半から1930年代前半にかけて、債券の支払不能が生じた場合に bond holder's committee (債券所持人委員会) を組織して、全発行債券の債券所持人の保護を確保し、統一行動をすることにより更生期間中の財産の保全を図るという一般的慣習が生れた。債券所持人は、預託を行い、certificate of deposit (預託証書) を受取ることにより、合意当事者となる⁷⁹⁾。

会社が支払不能になり、債権者から返済を強要されているとき、会社の資産を保全・管

理し、最終的には売却して債権者に可能なかぎり弁済する手段としても trust が用いられる。この trust は、liquidation trust (清算信託) と呼ばれる⁸⁰⁾。

さらに、オーナーないし従業員の死亡による損害に対しビジネスを守るために、business insurance trust (事業保険信託) が設定されることもある。この trust は、株主またはパートナーが死亡した場合に、その権利を確実に購入できる基金を創設するために一般的に用いられている⁸¹⁾。

(4) 最後に、Employee benefit trusts (従業員福祉信託) が現代型トラストとして重要な役割を演じている。Pension trust (年金信託) は、20世紀後半にアメリカで普及した。典型的には、使用者と被使用者とが定期的に基金を拠出し、管理および投資の目的のために受託者 (単数複数を問わない) に支払われる。年金プランの受益者の権利は、詳細な trust indenture (信託証書) の中に規定されることになる。かかる年金信託は、私企業の普通株、公社債など広範囲のポートフォリオから成る。現在は、連邦法である ERISA = Employee Retirement Income Security Act of 1974 (エリサ法) の規制を受ける。エリサ法は、公的年金制度の財政悪化を背景にして、企業年金制度の普及および充実という時代的要請の下に制定された。さらに1983年には、老齢・遺族・障害者年金保険制度が発足している⁸²⁾。

ある会社がその会社の株式を従業員に分売し、それを第三者に受託させる employee stock ownership plan and trust = ESOP (従業員持株信託) が、約20年前に発足した。適格性があれば、税法上の特典が得られる⁸³⁾。その目的は、株式の売却であるから、Securities Act of 1933 の登録が必要となる。この制度は、事業主が一般的な会社目的のために基金から借り入れることを認めるとともに、従業員が報酬を事業主の経済的運用成果に連動させることを認めている。

以上を要するに、英米法系の中でもイギリス法圏においては、伝統的な personal trust が中核をなしてきたが、アメリカ法圏では、銀行、信託会社などを中心とする corporate trust が一般的形態となりつつあり、また constructive trust を多用するという面でもその特色が見られる。

III 非英米法系における信託類似制度

以上の英米法系諸国に対し、ローマ法を継受した大陸法系諸国（ローマ法の継受の程度により、ドイツ法圏、フランス法圏、オランダ古法圏およびスカンジナビア法圏に分類される）においては、もともと trust の概念はなかったとされてきた。非英米法系諸国なかでも大陸法系諸国においては、未成年者、禁治産者などの無能力者を保護する一般的な法定代理の制度が整備されており、英米法系諸国では next friend（近友；訴訟後見人）、guardian ad litem（訴訟のための後見人）、administator durante minore aetate（未成年期間中の遺産管理人）、protective trust（保護信託）ないし spendthrift trust（浪費者信託）などの特別の受託者が個別的に引受けている任務を、大陸法系諸国では「法定代理人」が一元的に果してきている。また大陸法系諸国では legitime（遺留分）制度があるのが通例であり、さらに fideicommissary substitution（フィデュシ遺贈代位；家族世襲財産代位）が禁止され、また種々の community property（夫婦共有財産）が存在しているため、英米法系にみられる family settlement（家族間継承的不動産処分；家産処分についての取決め）、charitable trust（公益信託）などが存在しうる余地はあまりなかったといえようか。しかし、事はそう簡単でない。現にローマ法においても、trust に類似した fiducia, fidei commissum（フィデュシ遺贈と訳されることが多い）といった制度が存在していたし、Joseph Story などは、Equity Jurisprudence の中でエクイティ裁判所の発展させてきた trust の起源はローマ法にまで遡ることができ、ローマ法の fidei commissum は性質上きわめて trust に類似している、と指摘していたほどである²⁰。

ローマ法を継受したドイツ法圏の Treuhander、フランス法圏の fiducie、オランダ古法圏の bewind、イスラーム法系にみられる waqf（wakf）などは、非英米法系における信託類似制度の典型例といえよう。

1 ドイツ法圏における Treuhand

(1) ドイツにおける信託類似制度は、ローマ法の *fiducia* の法律構成に依拠した *fiduziarisches Rechtsgeschäft* (信託的法律行為) として形成されてきたといわれる (ローマ法的構成)。このローマ法的 *fiducia* の理論によれば、受託者は *fiducia* の財産に対して完全な所有権 (Vollrecht=完全権) を有し、*fiducia* の目的による制約は委託者と受託者との間の債権的拘束関係として構成されることになる。これに対し、委託者から受託者への権利移転にさいしては物権的譲渡契約が Treuhand の目的の中に取り込まれ、受託者の権限は Treuhand の目的に適合するように制限されると解する解除条件付 (Resolutivebedingte) Treuhand 説が現れて、受託者の完全権と Treuhand の目的から債権的拘束関係を導き出す先例通説的理論が批判の対象とされ、受託者の権限を Treuhand の目的に限定しようとする理論が構築されてきた (ゲルマン法的構成)。受託者の権限を Treuhand の目的に限定しようとする理論的試みは、Treuhand の財産自体は委託者に帰属しながら、Treuhand の目的に適した権限のみが受託者に付与されるとする授權的 (Ermächtigte) Treuhand 理論を生み出すに至る⁸⁵⁾。

現代ローマ法体系は、種々の限定はあるにせよ、古典ローマ法の *fidei commissum* (信託遺贈) に類する代替的制度を許容してきた。*Fideicommissum* は、Augustus の時代から Justinian の時代までは trust に類する制度であったが⁸⁶⁾、Justinian の立法措置は、*fideicommissarius* (代位者；受益者) の権利を、イギリス法上のコモン・ロー上の残余権に匹敵する既履行の use ないしコモン・ロー上の将来権に転換する効果を有した。法定相続人または受遺者は、*fideicommissarius* に対する信託的義務をも専有して、完全権としての *fee simple* (単純封土権) を移転することができなかった。*Fideicommissum* は、胎児ないし未成子に対する終了不能な将来権を設定するのに用いることができる。ただし、一定期間財産の譲渡を不可能にさせるのに莫大な費用を要する。また法定相続人は再投資のために売却する権限を付与されていないので、この法技術は、会社の株式および社債のような証券のポートフォリオの管理には全く不適である。それは、数世代にわたって家族のために特定の土地を維持して行く場合にのみ有用であるに過ぎない⁸⁷⁾。

現代ドイツ法の下で、ある財産が遺言者の死亡により A に移転し、次に B に移転することを保証するために広く用いられる法技術は、ローマ法の *fideicommissum* の直接の子孫である *Nacherbfolge* (後位相続) の制度である。この *Nacherbfolge* の制度は、遺言

者が自己の財産を一定の範囲で釘付けにすることができるという点において、遺言 trust にやや似たところがある⁸⁹⁾。

ローマ法では、fiducia は、譲渡人または第三受益者のために所有権を行使することに合意した fiduciarius に対し、財産権を移転することにより設定される。その場合、受益者は財産権を持たず、受益者の唯一の救済手段は、fiduciarius に対する対人的訴訟 (in personam action) という形をとる。Fiduciarius の個人債権者は、財産を差し押えることができ、fiduciarius が破産した場合であっても、受益者としては一般債権者としてかかって行けるに過ぎない。受益者は、fiduciarius が pactum fiduciae に違反して財産を移転した第三者に対し、なんら救済手段を有していない⁹⁰⁾。

(2) Lex Salica (古代ゲルマン法) には Salmann (受託者) ないし Treuhand の制度があり、ドイツでも古くから英米の trust に類似した観念は存在していた。それどころか、uses ないし trusts はゲルマン法の Salmann ないし Treuhand をモデルにしたものであるという有力な学説も存在しているほどである⁹¹⁾。もっとも、ローマ法の継受以来、Salmann ないし Treuhand の機能は、後見人または遺言執行者によって果たされるようになったため、この観念は冬眠状態に入る⁹²⁾。

こうした史的背景を反映して、Treuhand として知られるドイツ的方式は、trust により近い。Treuhänder (fiduciarius) に当初譲渡した財産に関し、Treugeber (譲渡人) は、財産を差し押え、あるいは破産にさいして財産権を請求する Treuhänder の個人債権者に対し、自己の権利を保護することができる。譲渡人は、(不動産の場合を除き) 財産権の移転に Treuhänder がその財産を処分しないという解除条件を付すことにより、完全な譲渡に対して自己の権利を保護することができた。すなわち、もし Treuhänder がこの条件に違反した場合には、Treuhänder から無償で (受贈者として) または条件の告知をされた上で取得した者から、その財産の取戻請求をすることができた (解除条件付所有権者)。Treuhänder の債権者および譲受人に対する譲渡人のこれらの権利は、当初譲渡されたのと同じの財産に限定される。Begünstigter (第三受益者) は、Treuhänder の債権者および譲受人に対し当初の識別可能な財産に対してすら権利を有しない。第三受益者は、Treuhänder に対し単なる対人的請求権を有しているに過ぎず、Treuhänder が破産したり死亡した場合には単なる一般的債権者の地位にあるに過ぎない⁹³⁾。

財産の所有者は、その管理を代理人としての受寄者に委託することができるが、受寄者

の代理権限は、本人である寄託者が死亡したり無能力となったときに終了する。このような難点はあるものの、寄託 (bailment)、代理 (agency) および第三者のためにする契約 (stipulatio alteri) の結合により、trust の機能がある程度までは達成することができる⁸³⁾。

それ故、trust を継受しなかった大陸法系諸国においても、財産に関する信託的管理 (fiduciary management) をアレンジすることは可能である。信託的管理者が財産に対する権原 (title) を移転されていない場合は、管理者の権限は所有者が死亡し、あるいは無能力者になったときに終了することになる。信託的管理者が財産に対する権原を有している場合は、受益者は対物的権利 (rights in rem) を有し、財産権の譲渡が制限されている場合にのみ、信託的管理者の債権者および譲受人に対して強制することが可能となる⁸⁴⁾。大陸法は、対物的代位 (real subrogation) を婚姻財産制度との関係では認めてきたが、fiduciae および fideicommissa に関しては認めていない。その意味では、大陸法上の法技術は、特定の目的にのみ限定されていたといえよう⁸⁵⁾。

(3) 現代の大陸法系諸国の大半は、charitable trust (公益信託) に代る制度として財団 (foundation; fondation; Stiftung; stichting) を有しており、キリスト教時代に入った後期ローマ法の教会の監督下にあった piae causae (敬虔財団) (病院、養老院、孤児院等はその例) に由来する。それは本質的には法人の一種である。財団の設立には、行政官庁の承認を要件とするのが通例である。Charitable trust は、厳格な行政監督の下にある。生前に財産を公益団体に寄進するためには、贈与者はまず財団を設立し、次に財団に財産を移転しなければならない。あるいは、現存の財団に対し財産を移転することもできる。財産は、現存の財団に対し遺贈させ、または法定相続人もしくは受遺者に財団を設立させ、それに財産を移転させる義務を負わせることにより、公益のために寄進することができる⁸⁶⁾。

ドイツでは、遺言者自ら遺言により財団を設立することができる。ただし、主務官庁の認可を要する (ド民法83、84条)。ドイツ民法87条によれば、設立者により当初特定された目的が事情変更により達成することができなくなった場合には、主務官庁は財団の公益目的を変更することができる。この法理は、英米法上の cy-pres (可及的近似則) にきわめて類する。国によっては、一定の限度で非公益的目的のために財団の使用を許容しているところがある。従業員年金プラン、事業活動、および、厳格な制約の下で家族扶養のた

めに用いるのはその例である。財団は、事業会社と同様、財産を所有しうる法主体 (juristic entity) であり、実質的には会社役員である管理人 (curator) ないし理事会 (council) により管理される⁸⁷⁾。

(4) 以上の民事信託に対し、事業性のある商事 (営業) 信託の分野では、経済の発展に伴い、19世紀後半、社債発行等の英米の trust の法技術を導入しようとする試みがなされ、1890年に一種の投資信託会社として、Deutsch-Amerikanische Treuhandgesellschaft が設立された。その後次第に Treuhandgesellschaft が設立され、担保付社債信託、会計監査、登録代理、名義書換代理、経済的助言活動など、主として法人 Treuhand 業務を営むことを目的としていた。しかし、これらの法人 Treuhand 業務は、ドイツ民法上の法的構成、世間の無理解などもあって振わず、会計監査のみが発達し、これがドイツにおける Treuhandgesellschaft の業務の特質となっている⁸⁸⁾。

ビジネスを行うための trust、担保付社債信託および investment trust (投資信託) は、corporations (法人：会社) の代替物である。大陸法系諸国では、かかる機能は主として corporations が果たしている。換言すれば、ビジネスおよび担保目的の trust は、corporations がその代替的機能を果たしてきたということができよう⁸⁹⁾。

2 フランス法圏における fiducie

(1) Republic of France (フランス)においても、fiduciaに対応する prête nom (名義貸し) という制度が存在していた。これは、古典ローマ法の欠陥をそのまま引き継ぎ、さらに、第三受益者 (bénéficiaire) が受益の意思表示をするまでは、その権利は譲渡人 (fiduciant) と受託者 (fiduciarius (fiduciaire)) 間の合意により消滅させることができるといふさらなる弱点を有していたといわれる。したがって、胎児ないし未成子に対し、終了不能な権利を与えるために prête nom を用いることはできなかったようである。スイスの fiducia (Treuhand, fiducie, fiducia, fiduzia などと呼ばれる) も、実質的にはフランスの prête nom と同じであるといわれる⁽¹⁰⁰⁾。

しかしながら、ローマ法の fiducia に由来する fiducie (信託的行為) の制度は、フランスには存在せず、まして trust (信託) は無縁の制度であった⁽¹⁰¹⁾。これに対し、被相続人が遺贈の方式をとらずに行う終意死因の出損行為であるローマ法上の fideicommissum (フィデュシ遺贈)⁽¹⁰²⁾ は、大半の大陸法系諸国において採用されており、フランスもその例外ではなかったといわれる。16世紀には、95パーセントの土地が substitution fideicommissaire (信託行為的補充指定 (継伝処分)) により譲渡不能とされていたことが指摘されている⁽¹⁰³⁾。この制度は、フランス革命により非難の対象とされるに至り、1804年の Code Civil で、指定受遺者制度および懐胎前の未成子に対する遺贈を一般的に禁止するに至った⁽¹⁰⁴⁾。

近時、フランスにおいても、1984年10月20日、「信託の準拠法および承認に関する条約」がハーグ国際私法会議において採択されたことが契機となって、Code Civil のなかに fiducie に関する規定が付加された。経済のボーダーレス化により、fiducie の利用は、かつての相続からビジネスに移行しつつある。この事実は、伝統的には fiducie という法的手段を必要としなかったフランスにおいても、fiducie なしには経済競争上他国に伍することが困難になってきたことを意味しよう。Code Civil において、fiducie は、「所有権を取得する種々の方法」の一つと観念され、「委託者が自己の財産及び権利の全部又は一部を受託者に移転し、一定の目的の範囲内において、受益者又は委託者自身の利益のために行為する義務を受託者に負わせる契約」と定義されている⁽¹⁰⁵⁾。Fiducie 契約は、第三者のためにする契約と区別され、受益の意思表示なくして、撤回不可能となる⁽¹⁰⁶⁾。

Code Civil の fiducie に対する比較法的特徴は、受託者の資産 (patrimoine) の中に独

立した特別財産を設定するための制度として捉え⁽¹⁰⁷⁾、契約として構成し、受託者には分別管理義務、自己執行義務など最低限の義務を課すのみで⁽¹⁰⁸⁾、基本的には契約の自由を前面に打ち出している点にみられる⁽¹⁰⁹⁾。

Fiducie の用途としては、譲渡担保的な *fiducie sûreté* (担保目的の信託的行為)、財産管理、*libéralité* (無償譲与) などが考えられる。受託者は受益者の地位を兼ねることができるとする規定は、担保の目的のための *fiducie* を前提とした規定といわれる⁽¹¹⁰⁾。1981年に刊行された C. Witz, *La fiducie en droit français* (1981) も、所有権の信託行為的譲渡として分析されるべき類型が存在することを指摘する⁽¹¹¹⁾。

(2) フランスに隣接し、その法文化圏にあるルクセンブルク大公国 (*Grand Duchy of Luxembourg*) においては、すでに1983年7月19日の大公勅令 (*Règlement grand-ducal*) により、*fiducie* (信託的行為) の復権をはかる措置が講じられた。ルクセンブルクにおいては、1970年代の石油危機以降、石炭・鉄鋼業の比重が相対的に低下し、それに代って国際金融業のウエイトが高まり、ルクセンブルクをヨーロッパの金融センタにしようとする政策がとられるに至る。1983年勅令は、信託制度のあるアメリカ合衆国、イギリス、信託類似制度を有するドイツ、スイスなどの銀行とヨーロッパの金融市場において対等の競争をしていくためには、同様の取引業務ができるようにする必要があり、このような信託的取引に参入できる国際競争力をつけるために制定されたものである。その立法目的は、1977年12月12日の EC 理事会第 1 指令にいう金融機関 (*établissements de crédit*) を受託者とする信託契約に関する法制度を整備することにあつた⁽¹¹²⁾。

この勅令は、英米的な *trust* を導入しようとしたというよりは、ローマ的な *fiducie* の復権を意図したものとされる。Fiducie の契約的構成、受託者の完全所有権、受益者の債権的権利 (*trust* の場合は、準物権的権利) などは、その派生的特徴といってよい。この *fiducie* の導入にあたっては、ルクセンブルク銀行が第 2 次大戦後に経験した *contrat de commission* (業務委託契約) およびフランス法に *fiducie* を復権させようとする前記 Witz の論著の影響も少なからずあつたといわれる⁽¹¹³⁾。

(3) 同じフランス法圏に属する Canada の Province of Quebec (ケベック州)⁽¹¹⁴⁾ は、1763年のパリ条約によりグレート・ブリテン領として割譲されるまでは、パリの慣習法 (*coutumes*) と国王の発布する法令に依拠していた。フランス革命前のアンシャン・レジ

ィム (Ancient Régime) の時代は、自由な考え方が支配的で、16世紀頃から「信託行為の補充指定」(substitution fidéicommissaire ou oblique) の制度が発達していたが、1866年のケベック民法典 (Code civil du Bas-Canada = 下流カナダ民法典) §869条と§964条でこうした考え方がさらに拡大されるに至る。この民法典により遺留分制度は廃止され、所有者は自由に遺贈ないし生前贈与することが可能となった。かかる状況が、trustを採用しやすい素地をつくりあげてきたと推測される。ただ、権原 (title) が誰に属しているかという基本問題は、未解決のまま持ち越されることとなった。

1879年には、Loi concernant la fiducie (フィデュシに関する法律) が単行法として制定されたが、1889年に民法典の中に組入れられるに至る⁽¹¹⁵⁾。そしてさらに、1913年には、Loi sur les compagnies de fidéicommiss (フィデュシ会社に関する法律)、1914年にはLoi sur les pouvoirs spéciaux de corporations (会社の特別権限に関する法律) が制定された。

では、信託財産は誰に帰属するであろうか。この信託本質論に関しては、学説上、受益者=所有者説、受託者=所有者説、委託者=所有者説および信託財産法人説の4説が、拮抗している。しかし、カナダ最高裁判所は、民法典第981a条が所有権譲渡を受託者に対してなす旨規定していることを根拠に、受託者=所有者説を採用している⁽¹¹⁶⁾。

その後1977年に Quebec 民法典の改正草案が出され、同草案第600条は、「個人の便益又は公益的若しくは私益的目的の達成のためという拘束をつけて財産を移転する行為を、信託行為という」と定義する。しかし、この定義によっても、信託財産の所有権が誰に帰属するかという基本的争点は未解決のまま残されている。

1866年の Code civil du Bas-Canada は、生存者間であると遺言であるとを問わず substitution fidéicommissaire (信託的代位) の設定を認めた。引渡す義務を負っている者は、institute (grevé) と呼ばれ、その受益者は substitute (l'appelé) と称された。Substitute は、substitution fidéicommissaire の設定前に懐胎されていることは要件とされていないが、institute の2親等以上に拡大されてはならないとされてきた。Substitution は、土地、有体動産または金銭に適用される。Institute は、受託者が通常有する積極的な管理義務を法により課せられる。Institute は、財産を所有者として保有することになる⁽¹¹⁷⁾。

ケベック州の fiduciary substitution は、イギリスの Settled Land Act 1925 (継承的財産設定地法) の下での settlement (継承的不動産処分) に類するが、それに比しはるか

に柔軟性と効用を欠くといわれる⁽¹¹⁶⁾。この点が次に述べるルイジアナ州との基本的差異といえよう。

Settled Land Act の下での受託者——生涯信託受益者 (life beneficiary) は、常時、fee simple (単純不動産権) を売却する権限を有し、その売得金は settlement の対象となる。これに対し、ケベック州の fiduciary substitution の下において institute が譲渡する明示の権限を与えられている場合には、その売買は substitution を破壊し、institute は substitution に拘束されずに売得金を受取ることができる。その結果、institute に再投資のための売却権を与えることは危険を伴うことになる。したがって、fiduciary substitution は、財産の譲渡を不可能にする法技術となった⁽¹¹⁷⁾。

ところで、1866年の Code civil du Bas-Canada は、1888年の改正により、第2章「生前贈与および遺贈」の第4節「継伝処分」の後に、第4A節として「De la Fiducie」と題する新しい節を設け、その第981a条において次のように規定した。「自由に自己の財産を処分しうる者は、贈与又は遺贈を受ける者の利益のために、贈与契約又は遺言によって、動産又は不動産を受託者に譲渡することができる」と。この規定により、fiducie に基づく生存者間の譲渡が、受託者の承諾により、受益者の受益の意思表示如何にかかわらず撤回不能となる。この点は、イギリスの信託法と一致しており、その他の点でも類似している点が少なくない。1977年に改正された Code civil de Québec 第600条は、第981a条に代えて、「個人の便益又は公益若しくは私益の目的達成のためという拘束を付して財産権を移転する行為」を「fiducie 行為」と定義し、第601条により fiducie は「契約又は遺言によって」設定されるとする⁽¹¹⁸⁾。

しかし、信託宣言に対応する fiducie 宣言によって、それを設定することはできない。受託者の権原 (title) は、fiducie の終了条項に定められた期限に自動的に終了する。受託者は、契約を締結した第三者に個人的に責を負うこともない。また cy près (可及的近似則) も認められていない⁽¹¹⁹⁾。

(4) Latin America (ラテン・アメリカ) 諸国では、1926年に Mexico において trust に関する立法措置が講じられて以来、主として事業性のある trust 制度を導入しようとしてきた。これらの国では、1804年のフランスの Code Civil の影響を受けて community property (夫婦共有財産)、legitim (遺留分) といった大陸法的概念を導入したため、贈与、遺贈などの手段として trust 制度を用いる必要性はほとんどなかった⁽¹²⁰⁾。Brazil,

Argentina, Colombia, Chile, Peru, Cuba は担保付社債信託だけを認めている。これに対し、Mexico, Puerto Rico, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Panama, El Salvador, Venezuela では、はるかに広い範囲に亘って trust が攝取されてきた。とはいえ、Latin America 諸国における trust の導入は、「部分的継受」として性格づけることができよう⁽¹²³⁾。

3 オランダ古法圏における bewind

(1) The Netherlands (オランダ) では、ナポレオンが1809年に伝統的な法慣習に合致しない Code Civil の翻訳を命じ、翌年その法典を施行して以来、オランダの法慣習と Code Civil を調和させようとして、新民法典の起草が試みられてきた。1830年代に完成をみた Burgerlijk Wetboek (パーガレイク・ヴェトブック=民法典) は、その成果の一つであり、1838年から施行されるに至った。その内容は著しく Code Civil に依拠していたが、その体系的構成は Code Civil とは異なっていた点が注目されよう⁽¹²⁰⁾。

1947年以降改正作業を行ってきたオランダ民法典は、1992年1月1日から施行されたが、その新民法典は、イギリスの trust にきわめて類似した bewind (fiduciary administration=信託的財産管理) として知られる法制度を活性化した。財産の管理権と財産の受益権とが分離されている点はイギリスの trust と同様であるが、しかし、法的構成の上で、財産の所有権が信託的管理人 (bewind hebber; administrateur) ではなく受益者にあるとみなされている点では、trust と異なる。この非所有権者的受託者 (non-owing trustee) により管理される trust 類似制度が、Dutch-bewind ないし bewind-trust と呼ばれるものである。もっとも受益者は、信託的管理人の同意なしには財産権を譲渡することができないため、受益者の所有権といっても単に理論上のものにとどまり、実際のコントロールは信託的管理人の手中にある。とはいえ理論上は、資産の所有権が受益者にあるため、bewind は次の2つの点で他の代理形式とは異なった特別の代理形式として法律構成されている。すなわち、信託的管理人は受益者の代理人として構成され、しかもその代理人の権限は排他的専属的であり、bewind の対象となる資産は、ある程度 (第三者に対する責任に関して) 所有者の他の資産から分別管理されていた。この2つの要素の故に、bewind は、イギリスの trust に類似している面がある⁽¹²⁵⁾。

従前のオランダ法の下では、bewind が適用される可能性は限られ、もっぱら遺言による財産処分として用いられていた。それ故、bewind はきわめて限定された範囲でのみ英米の trust の機能を果しうるに過ぎなかったのである。Bewind は、次の4つの場合のみ設定することが可能であった。第1は、遺言による場合、第2は、vruchtgebruik (usufructus=用益権) (ローマ法上の人役権の一つ。他人の物をその実質を損なうことなしに使用・収益する権利) を設定する場合、すなわち、他人の所有にかかる財産に関して限定的対物権と解される生涯権 (life interest) を設定する場合、第3に、未成年者に財

産を贈与する場合は、それである。学説上は、さらに成年者に対する贈与に関連しても bewind の設定が可能とされた⁽¹²⁶⁾。

1954年改正草案は、bewind の設定可能性を大巾に拡張することを提案するに至る。たとえば、譲渡人に属する資産で、bewind が設定されている間は自己の財産として留まる資産に関して bewind の新しいカテゴリを導入する提案も含まれていた。しかし、それは、19世紀前半に trust の受益者の範囲を未成年者、心神喪失者などに限定した N.Y. Revised Statutes of 1930 と同様、基本的には閉鎖的の制度であった。この1954年改正草案は、bewind と信認的關係に関する広汎な議論を誘発するに至る。これを承けた1971年改正草案は、オープン・システムの採用に踏み切り、bewind を裁判所または bewind を設定する私的行為である法律行為 (rechtshandeling) により設定する道を拓いた。その場合の唯一の法的要件は、bewind の設定される資産が譲渡人の財産としてとどまる限り、書面によってなされなければならないことである。その他の場合は、遺言による場合を除き、特別の要件はない。こうして1971年改正草案に基づく現行の新民法典は、bewind の用いられる射程範囲を大巾に拡張した。この新民法典により、所有者は、生前の設定行為、遺言によるとを問わず、ほぼ無制限に bewind を設定することが可能となった⁽¹²⁷⁾。

オランダ法には、もともと trust の概念は知られてないが、実際には種々の形をとった fiducia cum amico (財産管理としての信認的譲渡) が存在しており、一定の範囲で trust と同じ目的を達成していた。しかし、fiducia (信認的譲渡) はローマ法的・大陸法的概念である所有権概念 (concept of ownership) とうまく噛み合わないため、新民法典には採用されなかった。それに代るものとして、fiduciary administration (信認的財産管理) に関する種々の可能性が考案されるに至る⁽¹²⁸⁾。その結果新民法典の fiduciary administration (bewind) に関する Title 3.6 の規定が fiducia cum amico にとって代ることとなる。事実、新民法典は fiduciary title (信認的権原) を禁止している。その趣旨は、オランダ法学がドイツ法に従って発展させてきた fiducia cum creditore (物的担保としての信認的譲渡) にも影響を及ぼしている⁽¹²⁹⁾。

こうして新民法典は、財産の所有者に生存者間の行為または遺言により bewind を設定する道を拓くに至った。Bewind には複数の信認的管理人を置くことができ、信認的管理人は報酬を受けることができる。信認的管理人は bewind 設定時に、財産目録を作成する義務を負う。そのさい、登記済の財産があれば、bewind の条項で排除しないかぎり、信認的管理人の任命も登記しなければならない。信認的管理人は、管理・処分権を有してい

るが、共有物分割ないし管理の通常行為でない処分には、受益者ないし裁判所のお墨付を必要とする。信認的管理人は善管注意をもって財産を管理し、受益者または裁判所に毎年報告する義務を負う。信認的管理人の行為は、財産を拘束するが、受益者に財産に対する権利を超えて個人的責任を課すことはない⁽¹³⁰⁾。受益者は、特約条項のない限り、3ヶ月前の告知により bewind を終了することができる。遺言 bewind は、自然人の一生、法人受益者の場合は30年を超えて設定することはできない。生存者間の bewind には、設定者が将来取得する財産は含まれないが、信認的管理人が資産を売却し、その売得金を再投資する場合のように、当初の財産の代替物は含まれる。

従来のオランダ法上の bewind の限定的性格は、英米における trust のほとんど無制約な可能性と対照的であった。Trust の機能の多くは、オランダ法上、bewind によっては実現されなかった。Bewind では実現できないような場合には、オランダ法上、信認的管理人に対する fiduciary transfer of property (信認的財産譲渡) という法技術を用いることができた。その場合、信認的管理人は、法的には他人の「使用のために」自己に譲渡された財産の完全権を有する所有者となる。同様の効果は、代理人が「自分自身の名」において行為し、契約上その他の権利を完全所有者として、しかし自己の本人のために取得した場合にも生じる。このような場合、英米法上は transfer in trust (信託上の譲渡) となるであろう⁽¹³¹⁾。

従前の民法典では、遺言により、または贈与と結合して設定された bewind は、次のような結果になる。すなわち、bewind 上の所有者は、bewind 財産を売却ないし譲渡することができない。さらに、bewind 財産は、所有者が破産した場合にも、破産者の固有財産の一部を構成することはない。かくして、これらの従前の bewind は、無能力者等の生活の保護を目的とした spendthrift trust (浪費者信託) 的性格を有していたが、1992年の改正法により、より変化に富んだ法的効果を期待できるようになった⁽¹³²⁾。

第1に、遺言 bewind または贈与と結合した bewind に関しては、所有者は、信認的管理人の同意を得た場合にのみ、自己の利益を処分することができる、と規定されている。第2に、bewind が所有者以外の第三者の利益のために設定された場合は、bewind の対象となっている自己の利益を処分することができる(債務の弁済に充当することができる)。第3に、bewind 上の所有者は、信認的管理人がその義務を履行するために拘束した全債務に対し、第三者に対し責任を有する。Bewind 上の所有者は、全資産に関して責任を有し、bewind の対象となっていない資産に対しても責任を有する。しかし、所有者

は、信認的管理人の行為により生ずる債務を弁済するに足りる bewind 上の資産を指定することにより、その自由な資産 (free assets) の債務を回避することができる⁽¹³³⁾。

オランダ法上、信認的管理人は、完全所有者であるか (自己の名前で行為する代理人および信認的譲渡の場合のように)、そもそも所有者でないかのいずれかである。信認的管理人が所有者である場合は、受益者の権利は、オランダ法上は契約的性質のものであり、信認的管理人の破産ないし信認的管理人による第三者への売買の場合にも、特別の保護は与えられないことになる⁽¹³⁴⁾。

オランダ法上、「他人のためにする」(on behalf of another) fiduciary title (信認的権原) は、契約上の取極、譲渡による処分または遺言による処分が可能であるかぎり、財産権のいかなる目的に関しても設定することができることとされてきた。しかし、fiduciary transfer (信認的譲渡) は、この法技術を使用する一般的な正当化事由がある場合にかぎって許されるとする学説もある。他人のためにする fiduciary title が、きわめて一般的な法技術である状況が存在する。たとえば、株式会社の株式は、信認的管理人 (Administratiekantoor) に移転されることが多い。信認的管理人は、記名株券ではなく、流通性を有する受益証券 (certificaten) を発行し、一定数の株式が受益証券所持人のために信認的管理人により保有されている旨記載した証書を発行する。この法技術は、不動産 (real property) に関しても用いられており、不動産は信認的管理人により所有され、受益証券が発行される。著作権は、作曲家その他の者のために、権利を利用する institution に移転されることが多い⁽¹³⁵⁾。

これらの法技術は、business trust (ビジネス・トラスト)、investment trust (投資信託) または land trust (土地信託) に対応するものといえよう。オランダ法上、受益者の権利は契約的性質のものであるにすぎないという事実が、強い批判的となっている。しかし、実務上は、信認的所有者の破産の危険性は限られている。社債所持人のための受託者を信認的所有者と考えることは可能であろうが、実務上は、社債に関する受託者は社債所持人の特別の代理人と考えられている⁽¹³⁶⁾。1992年の民法改正は、bewind (fiduciary administration) を従来の制約的な制度から一般的な制度にするとともに、他方ではこうした fiduciary title を禁止するに至った⁽¹³⁷⁾。

(2) オランダ古法圏に属する Sri Lanka (スリランカ)、Republic of South Africa (南アフリカ共和国)、Rhodesia (ローデシア)、Natal (ナタール)、Guiana (ギヤナ——西

インド諸島)などは、いずれも19世紀初頭までに、オランダ古法である Roman-Dutch law (オランダ古法) の影響下にあったが、イギリスに割譲後はイギリス法の影響を受けるに至る。しかし Roman-Dutch law における信託類似制度は、Dutch bewind に由来するといわれる。

Ceylon (セイロン) (1972年に Sri Lanka と改める) は、アミアン条約 (1802年) によりイギリスに割譲される以前は、地方の慣習により修正された Roman-Dutch law の支配下にあった。割譲後は、固有法、ポルトガル法、Roman-Dutch law およびイギリス法の混合した法体系となるが、なかでも Roman-Dutch law が最も重要である。1917年に Trust Ordinance がイギリスの Trustee Act をモデルとして制定されるが、Roman-Dutch law の fideicommissum (信託遺贈) による影響が大であるといわれる⁽¹³⁸⁾。

Fideicommissum とは、「本来ローマ法で被相続人 (testator; fiducia 設定者) が他人 (fiduciary=fiducia 受託者) (通常は相続人) の信義に委ねて、ある物が遺贈受遺者 (fideicommissary=fiducia 受益者) に与えられるように懇請し、遺贈の形式を踏まずに行う終意死因の出損行為」⁽¹³⁹⁾ を指す。Ceylon では、この fideicommissary substitutions (指定受遺者) が認められていたが、現に存在する者に対してのみという制限が付されていた。事実上、公益信託を含むイギリス信託法が継受されてきたが、受益者の権利がどの程度イギリス法上の equitable title (エクイティ上の権原) に匹敵するかに関しては疑問なしとしない⁽¹⁴⁰⁾。

(3) Republic of South Africa (南アフリカ共和国) も、1652年から1795年までオランダ東インド会社の支配下にあったため、オランダ古法の影響を強く受けていた⁽¹⁴¹⁾。その影響は、1814年のロンドン会議により、South Africa がイギリスに割譲された後も残ることとなる。Republic of South Africa に隣接する Rhodesia (ローデシア) は、その植民地として開発され、そこでも Roman-Dutch law が摂取されるに至る⁽¹⁴²⁾。これらの諸国における法は、オランダがフランス型の法典を継受する以前のオランダ法に依拠していた。Republic of South Africa および Rhodesia では、英米法系諸国と同様、法典は存在しておらず、制定法も物権法の側面をカバーするのみで、大半は裁判所に委ねられていた。両国においては、コモン・ロー法域と実質的に同様の方法および目的のために、生前信託および遺言信託を設定することができる⁽¹⁴³⁾。

Republic of South Africa の法律は、土地に関する遺言信託条項の登録、受託者に対す

る管理状の発行、受託者からの担保提供、信託機関による投資の形態、受託者による清算した上での償還、受託者欠缺の場合の裁判所の任命、unit trusts (ユニット・トラスト) 等について規制する。裁判所は、trust を Roman Dutch law の用語を用いて定義しようと試みてきた。現に遺言信託は、過去において fiduciary (受託者) は受益権を有さない fideicommissum の特別の形式とみなされた⁽¹⁴⁴⁾。

他方、生前信託は fiducia の一形式とみなされ、それは第三者のためにする契約の面もっている。第三者のためにする契約のアプローチは、設定者と受託者とが、受益の意思表示をしていない不確定な者に不利に、生前信託を合意により撤回または修正することができる。このアプローチは、生前信託の下での受益者の財産権が物的権利であるか否か、特に受託者の個人的債権者は信託財産にかかっているか否かに関する疑義を提起してきた。財産は、信託の代替としてのオランダの bewind を用いることにより管理者の債権者から保護される、と考えられている⁽¹⁴⁵⁾。

(4) Rhodesia 憲法によれば、1891年6月10日現在 Cape of Good Hope で効力を有していた法が Rhodesia 法となり、その後連合王国および Rhodesia 議会により修正されて今日に至っている。Rhodesia では、community property (夫婦共有財産制) は、South Africa とは異なり、antenuptial agreement (婚姻前の合意) により明示的にそれによる旨の意思表示がなされないかぎり適用されない⁽¹⁴⁶⁾ので、遺贈ないし贈与に関する完全な自由が存在しており、legitim (遺留分) 制度はほとんど痕跡をとどめていない⁽¹⁴⁶⁾。その結果、Rhodesia では、自由に処分しうる財産が存在していたため、オランダ古法の法律用語を用いて信託類似制度が容易に導入された⁽¹⁴⁷⁾。それによれば、Rhodesia においても inter vivos trust (生前信託) および testamentary trust (遺言信託) は common law の場合と実質的に同じように設定することができる⁽¹⁴⁸⁾。Rhodesia 裁判所は、不動産に生前信託を設定し、それを登記した場合、当該財産は分別された fund (基金) となり、受託者の個人的債権者はこれに対してかかっていくことができなくなる、と判示してきた⁽¹⁴⁹⁾。Rhodesia 裁判所は、また制定法上の授権がなくても、承継受託者を任命する権限を有している⁽¹⁵⁰⁾。

4 イスラーム法系における wakf

(1) イギリスにおける trust (信託) の起源は、イスラーム法における wakf (waqf) (ワクフ) という制度と無関係ではないとする有力説がある⁽¹⁵¹⁾。一説によると、ローマ法末期に存在していた *piae causae* として知られる公益財団が、予言者 Mohammed の現われる前からある形をとってアラビア地方にも存在していた蓋然性が高く、これが wakf のルーツにあたるのではないかと推測されている⁽¹⁵²⁾。

しかし、一般的には wakf という制度は、宗教法としてのイスラーム法 (アラビア語では、shari'ah (シャリーア) と呼ばれている) に依拠しているとする説が通説のようである⁽¹⁵³⁾。Shari'ah とは、本来水場に至る正しい道 (通路、行路) を意味し、転じて人の踏み行くべき正しい道の意とされる⁽¹⁵⁴⁾。その最高の法源は、Qur'an (コーラン: クルアーン) であり、それを補完する Sunna (スンナ) がこれに次ぐ。Qur'an と Sunna は、さらに法学者の一致した合意である Al-Ijmā (イジュマ) 等により補充されている。

ところで、Qur'an の中には wakf についての直接の言及は見られない。しかし、Republic of Turkey (トルコ) における建物および農地の75パーセント、Democratic and Popular Republic of Algeria (アルジェリア) ではそれらの50パーセント、Tunis (チュニス) ではそれらの約3分の1、Arab Republic of Egypt (エジプト) では約7分の1、Islamic Republic of Iran (イラン) では約15パーセントが、Ottoman Empire (オスマン・トルコ) 解体前後に wakf の対象になっていたといわれる。伝承された逸話によれば、Farruk Omar ibn-al-Khattab (カリフ 634-44) は、予言者 Mohammed に、Allah の神に喜ばれるために Khaibar にある財産を喜捨すべきか否かを問い質したところ、「それが売買されたり、贈与または相続の対象とならないように、保持しておき、その収益を貧者に配分しなさい」と答えたといわれる⁽¹⁵⁵⁾。別の典拠によれば、Omar の質問に次のように答えたともいわれる。「財産を流用できないようにし、その用益権を人のために喜捨しなさい。それを売買したり、贈与または相続の対象としてはならない。その果実は、Allah の立場にいる子供、親族および貧者のために喜捨しなさい」⁽¹⁵⁶⁾ と。モスク、学校、病院、墓地、公共浴場、救貧院への寄附といった公益的慈善的目的のための wakf の有効性が問題とされたことはないが、その理論的根拠に関しては必ずしも意見の一致をみてきたわけではない。

Wakf の目的ないし動機は、時代ないし階層によって異なるが、上述の喜捨精神による

もののほか、都市の建設、地方（農村）の開発、均分相続の回避にも、（私有地としては認められていない）大土地所有など脱法的な濫用もあったといわれる⁽¹⁵⁷⁾。

Wakfには、宗教的ないし公益的目的の wakf khairi（ハイリ）と家族の利益のためにする wakf ahli（アハリ）とがある。Wakf が有効であるためには、撤回不能、永続性および譲渡不能という3つの基本的要件を具備しなければならないとされる。しかし、wakf の永続性は、不動産の流通ないし利用を阻害することとなり、この障害を克服する手段・方法が新たに考案されるに至る。Wakf 財産の貸借およびその半永久的更新という方法が、それである⁽¹⁵⁸⁾。

(2) 一説によると、1095年から1250年にかけて行われたイスラーム世界に対する十字軍の指導者は、征服しようとした土地の社会・経済関係について情報を収集し、trust の基本的発想を西ヨーロッパなかんずく England に持ち帰り、それを自分たちの必要に応じて発展させた」と推測されている⁽¹⁵⁹⁾。現に trust が出現した時期は、ヨーロッパとイスラーム世界とが接触した時期と重なっている。Use を England に持ち込んだと想定されているフランシスコ修道会は、中東で活動していた⁽¹⁶⁰⁾。11世紀に Jerusalem（イエルサレム）で組織された Hospital（ホスピタル）騎士団および12世紀初頭に当地で組織され、1128年に London に本部を創設された Temple（テンプル）騎士団は、Inns of Court（法曹学院）の成立・発展に影響を及ぼしている。Inns of Court がモスクの中にあつたイスラームの法学校にならって出現したのは、Temple 騎士団が London に本部を創設した直後の1135年から1189にかけてであった。1264年に設立された Merton College の設立文書には、wakf との類似性があるとの指摘がなされている⁽¹⁶¹⁾。

(3) ある財産の所有者は、それを贈与する（行為）能力を有していれば、それに wakf を設定することができる。Wakf を設定する意思を表示する文言があれば、それだけで必要にして十分であり、それ以外に要件とされることはない。ただし、wakf の目的がイスラーム教に反しない場合に限る。Wakf の設定に Kādī（裁判官）の承認が必要か否かは、学派により意見を異にする。Hanifah は、それを設定の要件とし、Egypt を含む Ottoman Empire（オスマン・トルコ）では要件とされていた。これに対し、大法官 Abu Yusuf は、裁判官の承認は必要でないとする立場をとり、India および Algeria ではこの立場がとられている⁽¹⁶²⁾。

Trust の設定者に相当する wakf の当事者は、wākif (ワキフ) と呼ばれ、受託者に相当する者は、mutawalli (ムタワッリ) と呼ばれる (Egypt では、nāzir、場所によっては、kaiyim と呼ばれている)。

大法官 Abu Yusuf によれば、mutawalli の指名は wakf の有効要件にとって本質的なものとはされていない。これに対し、Iman Mohammed ash-Shaybani は、mutawalli の指名なくしては設定行為は不完全であるとする。同様に前者は、財産の占有の引渡は wakf の有効な成立要件でないのに対し、後者は、wākif や自己を mutawalli と宣言しないかぎり、mutawalli に対する占有の引渡が要件となる、という立場をとる。いずれの立場をとるにせよ、wākif の所有する財産の存在自体は、wakf 設定の本質的要件であるとされる。Wakf の対象物は永続性を有し、用益権を生むものでなければならないとされることから、主として不動産が対象となる。これに対し、動産に関しては学派により意見を異にする。Hanifite School (ハナフィー派) は、馬、ラクダ、武器等も可とし、Shafite School (シャーフイー派) は、動産であっても原則として不動産と同様であるとするが、Malikite School (マーリク派) は、その範囲をさらに用益権にまで拡大する⁽¹⁶⁾。

Wakf 財産は、mutawalli によって管理される。その職務権限は、大陸法上の補佐人ないし英米法上の後見人のそれに類しており、fiduciary (信託に基づく) 権限および義務を有するが、その管理する財産の所有権は有していない。Wākif が mutawalli の指名をしない場合、Imams Abu Hanifah および Mohammed ash-Shaybani によれば、wakf は成立しないとされた。これに対し、大法官 Abu Yusuf によれば、wakf は有効であり、wākif は mutawalli であるとされる。この場合は、英米法上の declaration of trust (信託宣言) に類するといえようか。Shī'ite jurists も wakf を有効とするが、その場合は受益者が mutawallis になると考えた。Malik 法の下では、wākif は mutawalli になることは許されない⁽¹⁶⁾。

最初の mutawalli は、wakf 条項により指名されていることが多く、それ以降の mutawalli についても、wakf 条項が、その地位の承継手続を定めているのが通例である。その地位は、wākif の男系の直系卑属の長子に限嗣されていることが多い。かかる限定がない場合には、各 mutawalli に自己の承継者を選任する権限が付与されているのが例である。場合によっては当分の間、受益者がその空席を補充する権限を付与されていることもある。Wakf 条項に承継手続が規定されていない場合は、wākif ないしその遺言執行者が

その承継者を指名することができる。Wākifの指定ないし引受がない場合には、Kādī (裁判官) がこれを指定する。Kādī は、管理の失当ないし破産を理由に mutawalli を解任し、他の者を指定することができる。Kādī が mutawalli を指定するさいには、wākif の直系卑属から選ぶことが多い。Mutawalli には女性が指定されることもあり、近時政府機関が指定される場合もある。

Mutawalli は、代人 (代理人ないし使用人) を選任することができるが、職務権限の範囲は裁量権のない事務執行的なものに限られている。Mutawalli の損失補償については、wakf 条項で wakf 財産の収益から支払う旨の定めを設けることができる。Wakf 条項に損失補償の定めがない場合には、Kādī が収益の10分の1を超えない範囲でその額を設定することができる⁽¹⁶⁵⁾。

Mutawalli が wakf を管理するために負担した債務は、wakf の収益から支払われるのが通例であり、trust の受託者の場合のように mutawalli の固有財産から支払われることはない⁽¹⁶⁶⁾。

また、mutawalli は、信託法上の受託者とは異なり、wakf 財産を所有することはない、その所有権は Allah ないし受益者に帰属する。Wakf の本旨に反して wakf 財産を処分したときは (売買、賃貸等)、転得者が善意有償の第三者であったとしても処分行為自体が無効とされる⁽¹⁶⁷⁾。

公益慈善目的のための wakf に関しては、イスラーム法学のすべての学派がその有効性を認めている。貧者の救済、教育目的 (学校、教員給与)、健康の増進 (病院)、公共事業 (橋梁、道路などの建設)、社会に益するとみなされた公益目的 (給水施設、墓地など)、宗教目的 (モスクの維持修理、Mecca 巡礼に対する補助) などは、公益慈善目的の典型例である。非イスラーム教徒は、sharī'a およびその属人法により認められた目的のためにのみ wakf を設定することができるが、イスラーム教国にいる非イスラーム教徒が、モスク、シナゴグ、キリスト教会ないし修道院のために wakf を設定することはできない。Wakf 条項により特定された特定の公益目的が消滅したときは、Kādī が、公益信託における *cy près doctrine* (可及的近似則) と同様、類似の目的のために wakf を継続することができる⁽¹⁶⁸⁾。

Sharī'a 法は、相続に関して厳格な規定を設けており、法定相続人の承諾なしに遺言等により遺産の3分の1を超えて処分することを禁じていた。かかる規定が土地の細分化をもたらすとともに、配偶者、心身障害者などの扶養に支障をきたすようになる。この難点

を克服するために考案されたものが、wakfに他ならない⁽¹¹⁶⁾。

Hanifite 派の創設者である Imam Abū Hanīfah によれば、家族（子、孫、直系卑属）の扶養は、原則として wakf の目的となしえないとされていたが、大法官 Abu Yusuf は、wāḳif の死亡前に wakf が設定されている限り、自己の財産の全部であると一部であるとを問わず、家族の扶養のために wakf の対象とすることができる、と判示した⁽¹¹⁷⁾。この判決は、自己の家族を扶養することは、公的救恤団体に対する寄付と同様に、慈善目的の一つであるとするイスラーム教の教説を反映したものであった⁽¹¹⁸⁾。

この教説は、Hanifite School の通説となり、他の法学派も、wāḳif の直系卑属のために設定する wakf は、最終的残余権者が公的救恤団体であるかぎり有効である、とする説をとるに至った。Ottoman Porte は、土地保有の極端な細分化を防止するために、私的な家族目的の wakf の設定を奨励した。Hanafite School もまた、Imam Mohammed ash-Shaybani の反対にもかかわらず、wāḳif は自己を受益者とするところとする大法官の説に従った。この学説は、Hanbalite School（ハンバル派）および Ibadite School の法学者の大多数の採る立場となった。これに対し、Shafite School の創設者である Imam Mohammed ibn-Idris al Shāfi'ī は、自己の家屋・家具一式に自分の直系卑属のための wakf を設定したが、wāḳif は自己を受益者とすることはできない、とする立場をとる。このような政策は先例に抵触することがあるにもかかわらず、Shafite School は、'the iman of the Mosque at Machpelah' といった官職のタイトルないし「私の父の長男」といった団体の名称を用いたり、譲渡人およびその直系卑属のために wakf を設定するわら人形（名目だけの当事者）に不動産を譲渡することによって、この制限を回避しようとする。学派によっては、いかなる利益からも wakf を排除する点で、より厳格である。たとえば、Malikite School は自己を mutawalli に指名する wakf の設定を認めていない。さらに、Abu Yusuf 大法官と Imam Mohammed ash-Shayboni は、いずれも Hanafite School に属するが、公的救恤に対する最後の残余権者が明示的なものでないか否かに関しては意見を異にする。大法官および Shafite School の指導的法学者は、wāḳif の直系卑属のためにする wakf 宣言は、最後の残余権者が必然的に貧者になると黙示的に解されるが故に有効であるとする立場をとるが、この点に関しては両学派の間に意見の相違が見られる⁽¹¹⁹⁾。

時代の推移につれて、Hanafite School は近東およびインドの西方、Malikite School はアフリカの北部、西部および中央、Shafite School はアフリカの東部、マレーシアおよび

インドネシア、Hanbalite School はサウディ・アラビアにおいて、それぞれの法学派の地歩を確立するに至る。これら4つの法学派は、それぞれ互いに他に対して正統派と自認している。法学派間に存する相違は、統一的な神法の異なった表現とみなされている⁽¹⁷⁴⁾。

Wakf は、イスラーム世界において、モスク、市場を中心とした街づくり（都市の建設）、小モスクを中心とした村落（農村）の開発などに広く利用され、イスラーム社会に深く浸透し、近代的な公教育制度のなかったこの社会に教育を普及させる機能を果たすとともに、社会福祉の分野でも重要な役割を演じてきた⁽¹⁷⁵⁾。

しかし、1千年にもわたる時の経過とともに、その弊害も大きくなっていった。不動産譲渡を制約する device は、比較的少数者の掌中に所有権を帰することになるが故に、反社会的・経済的効果を生みがちである。イスラーム世界における wakf もその例に漏れず、有効な統制もないままに巨大な永代使用物と化した wakf は、不動産の管理上、経済的効率の面で重大な支障をきたすに至る。土地の軽視、不良管理、不毛化といった大土地所有に伴う現象が、wakf 財産に関しても看取されるようになる。もっとも、裁判官には再投資のための売買を認める権限が与えられ、この権限により不動産譲渡が完全に制限されることは抑止されたが、これとても土地の有効利用には実効的に機能しなかった。Mutawalli は、trust の受託者と同様、wakf 条項ないし裁判官による明示の授權がないかぎり、wakf 財産に対し土地改良ないし不動産開発を行う権限を欠いている。イスラーム法は、英米法上の waste（不動産毀損）の法理と同様、不動産を毀損し、またはこれに重大な変更を加えることを禁止し、これによって wakf 財産をその原初的形態において保存しようとした⁽¹⁷⁶⁾。さらに、mutawalli は、wakf 財産を売買したり、それに担保権を設定する権限がないため、農地用の灌漑施設、宅地用の下水設備・空調装置のような不動産改良のために出資することもできないのが通例である。このように wakf は、イスラーム世界における経済成長および社会改良に抑止的に機能してきたため、19世紀以降、欧米列強の影響が強まるにつれ、次第に制限ないし廃止される方向にある。Wakf はまた、家族のための継承的不動産処分（settlement）にも不適切であるとされてきた⁽¹⁷⁶⁾。

イスラーム法においては、究極的に慈善を目的としない wakf は無効であり、この点が英米法系における trust との差異の一つである。もう一つの相違は、wakf 財産は wakif には属していないのに対し、信託財産は受託者に帰属している点である。しかし、より実際的な差異は、英米における trust が柔軟性に富み、新しい必要性および条件に適用可能

であるのに対し、wakfには柔軟性がなく、現代的なニーズに適應できない点にあるといえよう(17)。第2次大戦後、エジプトなどを中心に特に相続法の分野でwakfを適用できる場合がかなり制限される傾向にある。

IV 大陸法系諸国における信託の摂取

大陸法系の国ないし法域 (jurisdiction) において、英米法系の様式の典型的制度である trust (信託) を摂取したところでは、trust はあたかも「水の上に浮ぶ油のように異質的な存在」(四宮) とされてきた。大陸法系の近代的な絶対的所有権概念を有する国ないし法域に信託を移植するさいの最大の障壁は、英米法系にある「所有権の二重性」(duality of ownership) にあると思われる。英米法系においては、trust が設定されると、受託者は信託財産に対して legal title (コモン・ロー上の権原) を取得し、受益者は equitable title (エクイティ上の権原) を取得する。後者の equitable interest は、legal interest を善意有償で取得した第三者以外のすべての者に対抗できる権利とされ、jus in rem (対物権) に準じた扱いを受けることになる。この準物権的権利の有無が、両法系の基本的差異となってきた⁽¹⁷⁸⁾。

1 リヒテンシュタイン (ドイツ法圏)

ドイツ法圏に属する Liechtenstein (リヒテンシュタイン) では、1926年に trust の立法措置がイギリス法をモデルとして行われた。この当初の trust 法は、英米の trust theory (信託理論) をほぼ完全な形で摂取したものである。その前年の1925年には連合王国で Trustee Act (受託者法) が制定されており、それがモデルとされた。

Liechtenstein の trust 立法は、「Treuhand の関係は委託者と受託者との間の書面による契約によって設定される」とし、信託財産の legal title (コモン・ロー上の権原) を Salmann (受託者) に与え、受託者の債権者は信託財産に追及していくことができず、他方、受託者が trust 条項に違反して信託財産を処分したことを知ってそれを取得した者に対し、Begünstigter (受益者) はそれを追及することができ、受託者が信託財産と交換に取得した財産も信託財産となる、とする⁽¹⁷⁹⁾。

1928年の立法は、trust companies (信託会社) を認めるに至るが、信託企業はアメリカにおける business trust としての性質を有する。1980年の改正法により、trust の登録制度が採用された。この改正法によれば、一定の条件のもとで外国法上 trust を設定することも認められるようになった⁽¹⁸⁰⁾。

2 ルイジアナ（フランス法圏）

フランス法圏に属するアメリカの Louisiana（ルイジアナ）州は、カナダの Quebec（ケベック）州と同様、1699年から1762年まではパリ慣習法の影響下にあったが、1762年にスペインへの割譲後、1769年にスペイン法の支配するところとなり、その状態は1803年にアメリカ合衆国へ割譲した後も継続することとなる。その後、1808年および1825年にフランス民法典の摂取が行われるが、1870年の現行民法典において、フランス民法典を全面的に摂取することとなった。その結果、substitution および fidei commissa は禁止され⁽¹⁸¹⁾、両親、子、未亡人に対する遺留分（legitum）制度が導入された。この substitution と fidei commissa の禁止が、trust を摂取するさいの障害となる。しかし、その後かかる障害は徐々に除去され、1920年には一定期間の利益信託が認められ、1938年には Trust Estates Act という北アメリカにおける最初の完全な「信託法典」が制定されるに至る。この Trust Estates Act と Civil Code とは必ずしも整合的ではなかったため、その難点を克服するために、1964年に Louisiana Trust Code が制定された。それは、American Law Institute の起草にかかる Restatement of Trusts に準拠したものであり、その影響を受けてルイジアナ州は信託に関するかぎり、コモン・ローの法域となったとみることができよう⁽¹⁸²⁾。受託者は「信託財産に係る権原（title）が移転された受託者（fiduciary）を管理者（administrator）」と定義したことは、その一顕現であり（第三者に対し財産上の権原を対抗するためには、登記が必要とされた）、Louisiana 州の信託に対する基本的アプローチは、大陸法系の枠組の中で可能なかぎり英米の信託の概念を摂取しようとする試みであった。

最大の争点は、受託者の所有権が大陸法的伝統によって要件とされてきた絶対的不可分のなものであるか否かという点にあった。この争点は、1980年の Reynolds v. Reynolds, 388 So. 2d 1135 (1980) において提起される。Louisiana 州最高裁判所は、受益者の権利を完全権以下のものとし、信託財産に対する権原は受託者に帰属する旨、判示するに至った。このことは、大陸法的伝統の強い法域であるルイジアナ州が、英米法的信託を摂取したことを判例上確認したという意味を有する。しかし、英米法的な contingent remainders（未確定残余権）、power of appointment（権利取得者指名権）などが受け入れられなかったことは、Louisiana 州法の大陸法的性格に基因するところが大きいといえよう⁽¹⁸³⁾。

Louisiana Trust Codeには、比較法的にみていくつかの特色が見られる。第1に、生前信託 (inter vivos trust) は、公証人および2人の証人の面前での真正な行為 (authentic act) または設定者により2人の証人の面前で署名され、設定者または証人の1人の宣誓供述書 (affidavit) によりそれが真正であることを認められた書面によってのみ、設定することができる。第2に、declaration of trust (信託宣言) により設定者が自ら受託者となることはできず、設定者または受益者とは別の受託者が少なくとも1人は存在することが必要である。第3に、受託者は、裁判所の許可なしに辞任することができる。第4に、受益者はすべて、原則として trust の設定前に懐胎していなければならない⁽¹⁸⁴⁾。

以上の大陸法的修正を除けば、Louisiana Trust Code は合衆国の他の州で適用されている信託法を正確に反映したものであり、英米の trust の柔軟性と有用性を兼ね備えているといえよう。

3 スコットランド (オランダ古法圏)

オランダ古法を基盤とする Scotland では、Union with Scotland Act 1707 (スコットランド合併法) により、trust executorship (遺言執行者の職務) と並んで Great Britain が成立する以前から、固有の制度として trust が存在していた。1707年以降も、private right (私的権利) は、スコットランド人にとっても有用でないかぎり、Scotland には適用されず、従前の法で維持されることとなったため、従前からの trust の法理が適用されている。Scotland の trust は、ローマの fidei commissum に起源があるとする説、封土制度に起源を求める説などがあるが、いずれにせよある範囲で England の影響を受けていることは間違いない⁽¹⁸⁵⁾。Scotland では、England と異なり、エクイティ裁判所という独立の裁判所が存在していなかったため、コモン・ロー上の財産権 (legal interest, estate, ownership) とエクイティ上の財産権 (equitable interest, estate, ownership) とを区別した上で、両者を共働させるという発想が定着しなかった⁽¹⁸⁶⁾。さらに、Scotland では信託設定者を “trustor” と呼び、“settlor” という用語は用いていない。往時は、信託を「寄託と委任の混合したもの」と見る説も存在していたが、現在では、設定者は、受益者の権利により制約を受けている受託者に、すべての権原 (title) を付与するものと解されている⁽¹⁸⁷⁾。England と較べて最も重要な違いは、Scotland では動産に関し遺贈の自由に制限がある (legitum = 遺留分制度の存在) ため、配偶者、子供などは遺言に対し異議を申し立てることができる点である。換言すれば、Scotland では動産に関する完全な

遺言の自由は存在していないことになる。動産の trusts を証明する場合でも書面が要件とされる。この点も Scotland 的特徴といえよう⁽¹⁸⁸⁾。

以上、ドイツ法圏に属する Liechtenstein、フランス法圏に属する Louisiana 州、オランダ古法を基盤とする Scotland などの大陸法系諸国ないし法域における英米法系の trust の継受について概観してきた。大陸法系に属する法域で立法措置により trusts を摂取した事例としては、以上の他に Puerto Rico, Cuba および Mexico を挙げることができよう⁽¹⁸⁹⁾。このように今日の世界にはいろいろな法系、法圏、法家族が存在しているが、その中で最も重要なものは、ローマ法を継受した大陸法系とゲルマン法を基調とする英米法系との二つである。両者は、それぞれ独自の法文化的伝統と歴史とを有しているため、両法系間には相互的理解を阻む深い溝が存在しており、trust と Treuhand ないし fiducie との間には、はっきりした一線が画されてきた。しかし、大陸法系といっても一枚岩ではなく、ゲルマン法に由来する Treuhand とローマ法に起源を有する fiducie との間にも微妙な差異が存する。

4 日本（大陸法系）

(1) わが国では、明治以来、大陸法の全面的継受が行われてきた。したがって、わが国の法律家は、大陸法系のドイツ法やフランス法に対しては親近感を懐いてきたが、英米法に接する機会は比較的乏しかったといえよう。

このような時代的背景のもとに、大正時代に入って間もなく「信託法案」の起草が企てられる。当初は California Civil Code（キャリフォルニア州民事法典）および Indian Trusts Act, 1882（インド信託法）を範とし、最終的にはイギリスの先例および学説に依拠して、ドイツ法的債権説の立場からの修正を受けつつ、大正11年に「信託法」が成立する（公布・施行）。

したがって、英米で育成された信託制度は、大陸法系に属するわが私法体系の下では、「水の上に浮ぶ油」のような異質的な存在であった。わが国の通説は、信託と大陸法とを調和させる方法として、いわゆる債権説の理論構成を採用することとなる。

では、信託の日米比較を行う場合、その前提としてどのような法文化的な「溝」が存在するのであろうか。

アメリカの O. W. Holmes（ホウムズ）裁判官は、1881年に公にしたアメリカ私法の古典的名著“The Common Law”の劈頭部分で、“The life of the law has not been logic ;

it has been experience.”⁽¹⁹⁰⁾ という従来 of 法思想にとって衝撃的な発想を提示した。経験によって裏づけられた判断ないし直観（第六感）といった論理よりももっと人間臭い微妙なものが法を形成する、という発想がそれである。

一般に英米法系の法律家は、事件の事実関係に即して妥当な解決を与えることを重視し、ドイツ法圏のパンデクテン法学に典型的に見られるように、法を体系化し、明確な論理で一貫した理論的説明を行うことには、大陸法系ほど関心を示してこなかった。総則ないし総論の構築、公法・私法の峻別、民事・刑事の峻別、物権・債権の峻別などは、その例である。英米にも、対物権・対人権という基本的な区別はあるが、大陸法系のように論理的峻別それ自体に意義を認めるようなことはしない。むしろ、ある法目的を実現する手段として、峻別することに意味があるか否かを問題とする。したがって、場合によっては峻別すること自体が法目的にとって有害であり、玉虫色の中間ゾーンを開拓していくほうが、より理想的な法目的の実現に資する、あるいは関係当事者の微妙な関係を処理することになる場合には経験的プラグマティックなアプローチを採ることになる。信託は、まさに物権・債権の中間領域を開拓した典型的法制度といってよい。

ところで、信託の比較をする際には、property（所有権）概念の相違に注意する必要がある。わが国では、物権の排他性からの帰結として、同一の物の上には互いに相いれない内容の物権、たとえば所有権が2個以上成立しないという「一物一権主義」あるいは完全権の概念を基礎とする「観念的抽象的な所有権概念」が存在する。これに対し、英米では、dual ownership（二重の所有権）ないし division of ownership（所有権の分割）を認めている。それによって、ownership は legal estate（コモン・ロー上の財産権）と equitable estate（エクイティ上の財産権）とに分離されることになる⁽¹⁹¹⁾。

第3に、法制史的には、信託が契約に先行して現われる。一部既履行（すなわち「利得」×「約束」）の場合は、完全未履行（すなわち「約束」×「約束」）の場合より、法的拘束力が強い。時代的にも信託が先行し、要物的信託の方が諾成的契約より法的拘束力が強いと考えられてきている⁽¹⁹²⁾。

第4に、大陸法では、中世の教会法に淵源を発し、Grotius（グロティウス）を経て Rousseau（ルソー）に開花し、Kant（カント）において集大成される「意思理論」を基礎として、アトム化された個人の意思を法律行為論の中核に据えるのに対し、英米では、封建法を基礎とする「関係主義」的発想ないし「相互的権利義務」を重視する傾向が強く見られる。つまり英米の法律家は、「法律行為」よりもむしろ「当事者の関係」を重視す

る⁽¹⁹¹⁾。

信託は、その一例である。わが国を含む大陸法系に属する法律家は、信託を論ずる場合信託という法律行為の意思表示から信託法上の諸問題进行处理する傾向が強いのに対し、英米の法律家は、「信託関係」(fiduciary relation)に含まれる権利義務関係を主として考える。Constructive trust(法定信託、擬制信託)が英米で多く登場するのも、この点と無関係ではない。RESTAMENT OF TRUSTSが、「受託者の受益者に対する義務は、信託関係(trust relation)から発生するものであり、合意(agreement)ないし契約(contract)に基づくものではない」⁽¹⁹⁶⁾とコメントしているのも、基本的には同様の発想に基づいているといえよう。

信託を比較法的に考察する場合、出発点においてこのようなマクロ的観点から見た法文化的発想の異同に留意することが必要と思われる。

日本の信託法は、California Civil Code(キャリフォルニア州民事法典)およびIndian Trusts Act(インド信託法)を母法とし、イギリスの先例・学説を摂取して、制定法という形で継受されるに至ること、前述のとおりである。

しかし、信託法がいったん成立するや、一般にわが国の信託法学者は英米信託法をかえりみず、通説はドイツ法的に再構成された債権説の理論構成を用いて信託関係を説明してきた。「信託の設定」ないし「信託行為」を「契約」として構成してきたことは、この間の事情を物語る一証左といえよう。わが国に伝統的な債権説の立場はもちろんのこと、このような通説に対する不満を出発点として英米法的構成を摂取した現在の有力説においても、信託行為は第三者約款のついた「信託契約」として構成されており、伝統的なドイツ法的債権説の発想から完全に自由ではないように思われる⁽¹⁹⁶⁾。

これに対し、英米法系においては、「信託」および「贈与」は、いずれもわが国の法的構成とは異なり、ともに物権的に構成され、「契約」と区別されてきた。信託と贈与のいずれも、財産権を自己の財産圏から分離ないし移転することがその成立要件とされており、通常はなんらかの処分(現実の給付)があってはじめて成立する。したがって、英米法系においては、信託および贈与に関し「信託契約」とか「贈与契約」といった契約的構成はとられていない⁽¹⁹⁷⁾。

もっとも、将来信託を設定するという約束は、約因その他契約の要件を具備すれば契約としての法的保護を与えられるが、このような信託設定契約は、信託法上の問題とは区別された契約法上の問題として法的に処理されてきたのである⁽¹⁹⁸⁾。

このように、信託は、財産権の移転ないし分離特定を要件として設定され、通常は現実の給付なくして信託の設定はありえない。英米法系において、「信託」と「契約」とが相対立する法的カテゴリとされているのは、前者が物権的構成をとり、後者が債権的構成をとることに基因しているように思われる。

(2) わが信託法第1条は、信託が成立するためには、「財産権ノ移転其ノ他ノ処分ヲ為」すことを要件としているが、英米法系においても、生存者間の通常の信託設定には、(1)信託を設定する旨の意思表示および(2)受託者への信託財産の譲渡が要件とされている。

わが国の通説的見解(入江説)によれば、生前信託の場合の信託契約は、「委託者が信託の目的に従ひ、一定の財産権に付き、移転其他の処分を為さんことの申込をし、之に対し受託者が承諾を為すことに因り、成立する」⁽¹⁹⁹⁾とされ、したがってそれは、信託法第1条の規定にもかかわらず、債権説的立場から「諾成契約の性質を持つ」ものとされてきた。

これに対し英米法系においては、信託の設定=受益権の発生は、「契約」の次元というよりは、むしろ「譲渡行為」として観念されてきた。そして信託設定行為の実質的な相手方は、受託者というよりもむしろ受益者とされ、信託設定行為は、委託者が受益者に対してエクイティ上の物権的権利=準物権的権利を与える行為とされてきた⁽²⁰⁰⁾。

意思理論に基づく法律行為論、客体を全面的に支配する権能たる所有権概念および物権と債権との峻別というダイコトミを中核とするわが国の大陸法的私法体系の中であって、信託は、「第三者のためにする契約」として構成されてきた。コモン・ロー上の財産権とエクイティ上の財産権とを区別する「二重所有権」ないし「分割所有権」といった法的発想と無縁なわが国の私法体系において、信託行為は、形式的には完全権の受託者への帰属および完全権の実質的制約を企図する委託者・受託者間の契約として構成されてきている。その結果、受益権は「受託者に対する債権」とされてきた。

これに対し、英米では、信託は「第三者のためにする契約」と区別され、受益権は信託財産に対する「準物権的権利」(エクイティ上の権利)として観念されてきた。この受益者の準物権的権利たる受益権は、エクイティ上の権利であるため、「善意有償取得者」(bona fide purchaser) に対しては主張できない、という制約を受けるが、それ以外の者に対しては、物権的追及効(following property)が認められる⁽²⁰¹⁾。

わが国の大陸法的私法体系の下では、受託者の権利は「完全権」として構成され、受託

者への完全権の移転とその債権的拘束とを結合した点に、信託の法的構成の特質がある。

これに対し、英米では、受託者の権利は、受託者に信託財産の名義と管理権を与え、その名義と管理権の分裂を埋めているのが、受託者の忠実義務 (loyal duty) に他ならない⁽²⁰⁾。

わが国では、信託行為を契約的に構成する結果として、「委託者」と「受託者」という契約当事者を中心に信託関係が展開する。これに対し英米では、いったん信託が設定されると、「委託者」は信託関係から退くことになる。その結果、信託関係は、「委託者」と「受託者」との関係としてではなく、むしろ「受託者」と「受益者」の関係として展開して行くことになる。もっとも英米でも、委託者が修正権なり撤回権を留保している場合には、委託者が顔を出すことが制度的に容認されている。しかし、このような特約がないかぎり、信託設定者たる委託者は、信託という土俵から退いて、受益者と受託者との関係として1人歩きするようになり、委託者はいかなる請求権も有さなくなる⁽²¹⁾。

(3) わが国では、信託を契約と構成するため、受託者は契約当事者として不可欠となる。これに対し、英米では、生前信託であると遺言信託であるとを問わず、「信託は、受託者が欠けても失効しない」とされる。そもそも受託者が指名されなかった場合、指名された受託者が死亡した場合、信託を承諾しなかった場合にも、信託が失効することはない、とされる⁽²²⁾。このことは、何を意味するであろうか。このことから、信託設定行為は、委託者1人1個の意思表示だけで成立する「単独行為」として性格づけられないであろうか。いずれにせよ、契約の場合と異なり、受託者ないし受益者による承諾は要件とされていないことに注意する必要があるだろう。

もしそうであるとすれば、「信託設定行為」は、「信託宣言」および「遺言信託」の場合と同様、「単独行為」として統一的に構成することが可能になるように思われる。

最後に単独行為的信託の法的拘束力に関する要物性が問題となろう。この点に関してはわが国でも学説上微妙な差異が見られるが、田中説に見られるように、単なる意思表示ないし合意だけでは法的拘束力を欠き、法的拘束力をもつためには「処分」を必要とする、という意味で要物性を要件とするのが一般的である。それ故、信託設定行為は、「要物的単独行為」ないし「物権的単独行為」として性質決定することができるように思われる⁽²³⁾。

以上を要するに、わが国の信託法は、ドイツのパンデクテン法学の影響の下に、総じて

物権と債権との峻別、意思理論的な発想、完全権の概念、信託行為の債権的契約的構成、受益権の債権的構成といった色彩がきわめて強かったのに対し、英米の信託法には、物権と債権の中間領域の開拓、意思理論とは対照的な関係主義的発想、完全権と対照的な property 概念（「権利の束」(a bundle of rights)）、信託行為の単独行為的な物権的構成、受益権の準物権的構成といったニュアンスが、信託という物の考え方の中に流れているように思われる。

わが国の信託法は、立法の当初（大正7年の司法省起草の信託法案）、英米の信託法理をそのまま継受しようとしたが、その後ドイツ法の影響の下に臨時法制審議会の線に沿って債権説的立場が優位を占めるにいたり、現行法もこのような立場を採用することとなった。しかし、その後、大阪谷説、四宮説などの影響の下に、解釈論のレベルで英米の信託法理の復権的現象が見られるようになり、現在ではこのような英米信託法的考え方がわが信託法学界の通説的立場を形成しつつあるように思われる⁽²⁰⁵⁾。

国際的にも International Encyclopedia of Comparative Law は、“Property and Trust” として物権法の分野に信託を位置づけている⁽²⁰⁷⁾。これは、かかる方向を示唆するものといえよう。

四宮説によれば「信託の本質的特色は、(ア)第一に、特定の財産権について、対世的に権利者とみられる者（受託者）と、その財産権から生ずる利益を享受する者（受益者）とが、分裂することにある。そして、(イ)第二に、そのような分裂が、前者（受託者）をして後者（受益者）のために事務を処理せしめる、という関係に伴うものであるということである。(ウ)第三に、事務処理関係特有の「財産」と「権能」の分裂について、その復原が……信託財産の（制限されたものではあるが）独立性や利益享受者の一種の追及権（31条）によって準物権的に保護されていることである。信託が「財産の安全地帯」といわれるゆえんである」⁽²⁰⁸⁾。

特にわが国の信託法第31条は、リヒテンシュタイン信託法のように、信託財産に対する legal title（コモン・ロー上の権原）を受託者に与え、また受託者個人の債権者または受託者から信託財産を譲り受けた者に対する受益者の対物的救済を明確に規定することなく、あくまで大陸法的な民法の枠組を前提とし、「取消権」という概念を用いて、機能的には英米信託法における受益者の準物権的権利を実質的に取り入れているといえよう。英米の信託法理によれば、受益者の権利は、equitable interest（エクイティ上の権利）であるから、bona fide purchaser（善意有償の第三者）には対抗できないが、それ以外の者に

はすべて対抗することができる。すなわち、受益者は、信託財産が受託者からその相手方または転得者の手に渡ってもその物自体を取戻すことができ、また、信託財産自体を取戻すことができなくても、それが変形した substitute (代位物) に対して追及権を行使することができる。わが国の信託法第31条は、「受託者カ信託ノ本旨ニ反シテ信託財産ヲ処分シタルトキハ受益者ハ相手方又ハ転得者ニ対シ其ノ処分ヲ取消スコトヲ得」と規定することにより、英米法的追及効を取消権によって生じさせ、但書で「信託ノ登記若ハ登録アリタルトキ又ハ登記若ハ登録スヘカラサル信託財産ニ付テハ相手方及転得者ニ於テ其ノ処分カ信託ノ本旨ニ反スルコトヲ知リタルトキ若ハ重大ナル過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキニ限ル」として、bona fide purchaser の中の知不知 (善意悪意) の要件を組み入れている (英米に特有な有償無償の区別は取り入れられていないことに注意)。この第31条と「信託財産ノ管理、処分、滅失、毀損其ノ他ノ事由ニ因リ受託者ノ得タル財産ハ信託財産ニ属ス」とする第14条の規定により、わが国の信託法は、大陸法的民法との整合性を保ちつつ、大陸法的枠組の中で可能な限り、英米法的な追及効を取り入れることに成功したとすることができるであろう。

- (1) J. Limpense, Foreword in C. DE WULF, THE TRUST AND CORRESPONDING INSTITUTIONS IN THE CIVIL LAW 10 (1965).
- (2) F. MAITLAND, EQUITY 23 (1909).
- (3) K. ZWIEGELT & H. KÖTZ, EINFÜHRUNG IN DIE RECHTSVERGLEICHUNG AUF DEM GEBIETE DES PRIVATRECHTS 38 (2d ed. 1984).
- (4) MAITLAND, *supra* note 2.
- (5) F. LAWSON, THE RATIONAL STRENGTH OF ENGLISH LAW 4-5 (1951); A. VON MEHREN & J. GORDLEY, THE CIVIL LAW SYSTEM 3 (2d ed. 1977).
- (6) ZWIEGELT & KÖTZ, *supra* note 3, at 72.
- (7) RENÉ DAVID, LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS § 9 (1964).
- (8) ZWIEGELT & KÖTZ, *supra* note 3, at 2.
- (9) ST. GERMAIN, DIALOGUES BETWEEN A DOKTOR OF DIVINITY AND A STUDENT OF THE LAWS (1523). H. GUTTERIDGE, COMPARATIVE LAW: AN INTRODUCTION TO THE COMPARATIVE METHOD OF LEGAL STUDY & RESEARCH 14-15 (2d ed. 1971)によれば、17世紀末までに comparative criticism に最も近いアプロウチを試みたものは、Englishmen によって行われたとし、ST. GERMAIN の他に、SIR JOHN FORTESCUE, DE LAUDIBUS LEGUM ANGLIAE (1470 or 71) (イングランド法の礼讃について) (イギリス法とフランス法を比較したもの); J. SELDEN, HISTORY OF TITHES AND TITLES OF HONOUR (1617) などを引用する。
- (10) Sir Francis Bacon, Certain Articles or Considerations Touching the Union of the Kingdoms of England and Scotland, 1 THE WORKS OF LORD BACON 157 (1857). Comparison という用語が用いられた最初の例といわれる。See also SIR F. BACON, DE DIGNITATE ET AUGMENTIS SCIENTIARUM (学問の権威と進歩について) (1623). F. Bacon, G. Leibniz 等については、大木雅夫、比較法講義37-42頁 (1992) 参照。
- (11) G. LEIBNIZ, NOVA METHODUS DISCENDAE DOCENDAEQUE JURISPRUDENTIAE (1667).
- (12) C. MONTESQUIEU, DE L'ÉSPRIT DES LOIS (1748). C. Montesquieu, G. Vico 等については、大木、前掲 (注10) 42-45頁参照。
- (13) DEL VECCHIO=VICO も、Montesquieu に優るとも劣らない比較法の先駆者として位置づけられる。イギリスでは、T. WOOD, NEW INSTITUTE OF THE IMPERIAL OF CIVIL LAW (1704) が、法学研究に比較方法を用いている。
- (14) A. V. FEUERBACH, IDEE UND NOTWENDIGKEIT EINER UNIVERSAL JURISPRUDENZ (1853).

- (15) E. GANS, DAS ERBRECHT IN WELTGESCHICHTLICHER ENTWICKLUNG (1824).
- (16) A. POST, BAUSTEINE FÜR EINE ALLGEMEINE RECHTSWISSENSCHAFT AUF VERGLEICHEND-ETHNOLOGISCHER GRUNDLAGE (1880). Bernhöft は、ZEITSCHRIFT FÜR VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT を1878年に創刊したことで知られる。
- (17) J. KOHLER, EINLEITUNG IN DIE VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT (1885).
- (18) MAINE は、さらに VILLAGE COMMUNITIES IN THE EAST AND WEST (1871); LECTURES ON THE EARLY HISTORY OF INSTITUTIONS (1875); DISSERTATIONS ON EARLY LAW AND CUSTOM (1883) において、ANCIENT LAW における比較法を発展させた。
- (19) F. MAITLAND, ENGLISH LAW AND THE RENAISSANCE (1901); F. POLLOCK, THE HISTORY OF COMPARATIVE JURISPRUDENCE (1903); P. VINOGRANDOFF, ROMAN LAW IN MEDIAEVAL EUROPE (1909). さらに、邦語文献としては、水田義雄、英国比較法研究第2編 (1960) 参照。
- (20) ZWEIGELT & KÖTZ, *supra* note 3, at 2, 67-71.
- (21) A. Esmein, Le droit comparé et l'enseignement du droit, in I CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARÉ 445 (1901).
- (22) Lévy-Ullmann, Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers, in I LES TRANSFORMATIONS DU DROIT DANS LES PRINCIPAUX PAYS DEPUIS CINQUANTE ANS 81 (1922).
- (23) ZWEIGELT & KÖTZ, *supra* note 3, at 73. 英米系の著作としては、J. WIGMORE, A PANORAMA OF THE WORLD LEGAL SYSTEMS (1928) が注目される。
- (24) R. DAVID, MAJOR LEGAL SYSTEMS IN THE WORLD TODAY §§13-17 (2d ed. 1968).
- (25) 拙稿、東西法文化と法系、立教法学37号34頁以下 (1992)。
- (26) KEETON, SOCIAL CHANGE IN THE LAW OF TRUSTS S. 1 (1958).
- (27) F. Maitland, Trust and Corporation, in SELECTED ESSAYS (1936).
- (28) MAITLAND, *supra* note 2.
- (29) RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 2.
- (30) *Id.* at Comment b.
- (31) *Id.*
- (32) 四宮和夫、信託法〔新版〕14頁 (1989)。
- (33) 前掲7頁。
- (34) RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS §1, Comment d & e; H. KÖTZ, TRUST UND

TREUHAND, EINE RECHTSVERGLEICHENDE DARSTELLUNG DES ANGLO-AMERIKANISCHEN TRUST UND FUNKTIONSVERWANDTER INSTITUTE DES DEUTSCHEN RECHTS S. 81ff (1963).

- (35) RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS §1, Comment b.
- (36) The Statute of Uses, 27 Hen. VIII, c. 10 (1535); J. Ames, Origin of Uses and Trusts, 2 SELECT ESSAYS IN ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY 737, 741 (1913); F. Maitland, The Origin of Uses, 8 HARV. L. REV. 127, 129 (1894); MAITLAND, *supra* note 2, at 24-42.
- (37) The Trustee Act of 1850, 13 & 14 Vic., c. 60; The Trustee Act of 1893, §§ 10, 25.
- (38) The Judicial Trustee Act of 1896.
- (39) The Public Trustee Act of 1906; W. GELDART, INTRODUCTION TO ENGLISH LAW 87, 104-05 ((1911) 10th ed. 1991).
- (40) GELDART, *id.* at 87, 101.
- (41) *Id.* at 90-96.
- (42) 1 A. SCOTT, THE LAW OF TRUSTS § 1.8 (1939)、邦語文献として、信託協会編、EC金融統合の現状と背景120-22頁 (1989) 参照。
- (43) The Trustee Act, 45 Geo. V, c. 19, 1925. 信託協会編、前掲。
- (44) SCOTT, *supra* note 42.
- (45) The Trustee Act, 45 Geo. V, c. 19, S. 33, 1925; P. HASKELL, PREFACE TO WILLS, TRUSTS AND ADMINISTRATION 219-21 (1987).
- (46) 信託協会編、EC金融統合の現状と背景 118-22頁 (1989)。
- (47) Prevention of Fraud (Investments) Act 1958.
- (48) J. VAUGHAN, THE REGULATION OF UNIT TRUST 15-22 (1990).
- (49) Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investments Ltd., [1970] A.C. 567.
- (50) 信託協会編、商事信託研究会海外視察団報告書21頁以下 (1992)。
- (51) VAUGHAN, *supra* note 48, at 99-100. 現在会社法の改正が検討中で、それば実現すれば、随時償還可能な株式が認められることになる。
- (52) *Id.* at 95-97, 103-04. イギリスの投資信託全般については、信託協会編、商事信託研究会海外視察団報告書21頁以下 (1992) 参照。
- (53) 信託協会編、前掲 (注42) 122頁。
- (54) Law Reform Committee No. 23, Power and Duties of Trustees, Cmnd. 8733 (1982).
- (55) Succession Act, 1965, § 117; J. Sweeney, Presumed Resulting Uses and Trusts: Survival and New Arrival?, 14 IRISH JURIST 282-84 (1979); HAGUE CONFERENCE ON

PRIVATE INTERNATIONAL LAW, ACTES ET DOCUMENTS : TRUSTS—APPLICABLE
LAW AND RECOGNITION 27 (1985).

- (56) HAGUE CONFERENCE, *id.* at 26.
- (57) D. WATERS, THE LAW OF TRUSTS IN CANADA (1974).
- (58) JACOBS, LAW OF TRUSTS IN AUSTRALIA 109 (4th ed. 1977); HAGUE CONFERENCE, *supra* note, 55, at 26.
- (59) HAGUE CONFERENCE, *supra* note 55, at 2-3.
- (60) The Indian Trusts Act, 1882; 中野正俊、インド信託法上の問題点について、信託125号23頁以下 (1981) 参照。
- (61) 4 J. KENT, COMMENTARIES ON AMERICAN LAW 297-308 (1830); L. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW 221-24 (1973).
- (62) FRIEDMAN, *id.* at 368-72.
- (63) *Id.* at 222.
- (64) *Id.* at 223-24, 370-72.
- (65) SCOTT, *supra* note 42 (The corporate trustee is primarily an American institution). *Sturges v. Knapp*, 31 Vt. 1 (1958). 信託協会編、米国信託業の現状と課題1、41頁 (1990). Federal Reserve Board (連邦準備制度理事会)、Federal Deposit Insurance Corporation (連邦預金保険公社) などは、この分類に従って業務検査を行っている。FRIEDMAN, *supra* note 61, at 223-24, 368-69.
- (66) FRIEDMAN, *id.* at 222; 信託協会編、前掲41-43頁。
- (67) 信託協会編、前掲44頁。
- (68) FRIEDMAN, *supra* note 61, at 368; 信託協会編、前掲44-45頁。
- (69) 信託協会編、前掲45-46頁。
- (70) G. G. BOGERT & G. T. BOGERT, THE LAW OF TRUSTS AND TRUSTEES § 247 ([1935] rev. 2d ed. 1992).
- (71) *Id.* at § 248; Investment Company Act of 1940, 15 U.S.C. § 80a-4.
- (72) BOGERT & BOGERT, *supra* note 70, at § 248.
- (73) 田辺昇「投資信託」資本市場 No. 61号101頁以下、No. 62号80頁以下 (1990) 参照。
- (74) BOGERT & BOGERT, *supra* note 70, at § 248, at 229-49. アメリカの投資信託全般については、信託協会編、商事信託研究会海外視察団報告書3頁以下 (1992) 参照。
- (75) W. Wada, Bank-sponsored Collective Investment Funds: An Analysis of Applicable Federal Banking and Securities Laws, 35 BUS. LAW. 361, 380-94 (1980).
- (76) BOGERT & BOGERT, *supra* note 70, at § 248, at 249-55.

- (77) BOGERT & BOGERT, *supra* note 70, at § 249, at 255-79.
- (78) *Id.* at § 250, at 280-301.
- (79) *Id.* at § 251, at 301-11.
- (80) *Id.* at § 254, at 335-40.
- (81) *Id.* at § 253, at 323-34.
- (82) *Id.* at § 255, at 341-82.
- (83) *Id.*
- (84) W. BUCKLAND & A. MCNAIR, ROMAN LAW AND COMMON LAW 176-79 ((1936) 2d ed. revised by F. Lawson 1952); F. LAWSON, A COMMON LAWYER LOOKS AT THE CIVIL LAW 202-06 ((1953) reprint ed. 1977); P. Lepaulle, Civil Law Substitutes for Trusts, 36 YALE L. J. 1126 (1927); J. POMEROY, A TREATISE ON EQUITY JURISPRUDENCE § § 976 - 78 (1883); 2 J. STORY, COMMENTARIES ON EQUITY JURISPRUDENCE § 965, at 231 (1836); 2 W. BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 327-28 (1776). *Cf.*, MAITLAND, *supra* note 2, at 32.
- (85) F. Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, 63 AcP 157-200 (1880); A. SCHULTZE, DIE LANGOBARDISCHE TREUHAND UND IHRE UMBILDUNG ZUR TESTAMENTSFULLSTRECKUNG (1895); W. LUDWIG, DIE ERMÄCHTIGUNG NACH BÜRGERLICHEM RECHT (1922); W. SIEBERT, DAS RECHTSGESCHÄFTLICHE TREUHANDVERHÄLTNIS : EIN DOGMATISCHER UND RECHTSVERGLEICHENDER BEITRAG ZUM ALLGEMEINEN TREUHANDPROBLEM (1933). これらの諸学説については、新井誠、財産管理制度と民法・信託法36-41頁 (1990) 参照。
- (86) BUCKLAND & MCNAIR, *supra* note 84, at xvii.
- (87) W. Fratcher, Trust, in 6 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW : PROPERTY AND TRUST ch. 11, at 105 (1973).
- (88) *Id.*
- (89) *Id.* at 106-07.
- (90) AMES, *supra* note 36, at 740; Maitland, *supra* note 36, at 136.
- (91) O. W. Holmes, Early English Equity, in O. W. HOLMES, COLLECTED LEGAL PAPERS 4 ((1920) reprint 1952); LIEBICH & MATHEWS, TREUHAND UND TREUHÄNDER IM WIRTSCHAFTSRECHT (2d ed. 1983) —伊藤典夫、欧米諸国における信託制度5-11頁 (1988).
- (92) Fratcher, *supra* note 87, at 107.
- (93) *Id.* at 107-08.

- (94) *Id.* at 108.
- (95) LAWSON, *supra* note 84, at 195-204.
- (96) Fratcher, *supra* note 87, at 104.
- (97) *Id.*
- (98) H. COING, RECHTSFORMEN DER PRIVATEN VERMÖGENSVERWALTUNG, INSBESONDERE DURCH BANKEN, IN USA UND DEUTSCHLAND, AcP Band 167 (1967) ——新井、前掲(注85) 69-82頁参照。
- (99) Fratcher, *supra* note 87, at 104.
- (100) Fratcher, *supra* note 87, at 107; Note, Trusts under Swiss Law, 96 TRUSTS AND ESTATES 289-90 (1957).
- (101) C. WITZ, LA FIDUCIE EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS (1981) ——西沢宗英、Claude Witz 氏の fiducie (信託) 論、信託法研究第 9 号77頁以下(1987); Mettarlin, The Quebec Trust and the Civil Law, 21 MCGILL L. T. 175 (1975) は、フランス古法において fiducie が存在していたとする。
- (102) BUCKLAND & McNAIR, *supra* note 87, at 177.
- (103) HAGUE CONFERENCE, *supra* note 55, at 38.
- (104) C. CIV. § 896.
- (105) C. CIV. § 2062ff. 角紀代恵「フランスにおける信託の動向——信託法制定の動向を中心として——」信託法研究 第18号(1994) 参照。
- (106) C. CIV. § 1121.
- (107) 受託者個人の債権者は、信託財産を差し押えることはできない。受託者死亡の場合に、信託財産が受託者の相続財産の一部を構成することはない。しかし、信託財産が独立の法主体性をもつということもない。
- (108) RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 170 のような忠実義務に関する規定もない。
- (109) 単独行爲的な信託宣言および遺言信託は、認められていない。
- (110) 日本信託法第 9 条参照。
- (111) 西沢宗英「Claude Witz 氏の fiducie (信託) 論——比較信託法学の一視点——」信託法研究第11号77頁以下(1987) 参照。
- (112) この勅令についての邦語文献として、西沢宗英「ルクセンブルク法における fiducie (信託) ——比較信託法の新しい視点——」慶応法学会編、慶応義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集167頁以下(1990)。
- (113) 前掲、175頁。この他、伊藤、前掲(注91) 113頁以下参照。
- (114) カナダの Quebec 州については、大島俊之「ケベックの信託法——歴史および信託本質論を中心として——」信託法研究第13号35頁以下(1989) 参照。

- (115) C. CIV. DE BAS CANADA §§ 981a-981n.
- (116) *Masson v. Masson*, R.C.S. 42 (1912).
- (117) C. CIV. § 927; Fratcher, *supra* note 87, at 95.
- (118) Fratcher, *ibid.*
- (119) *Id.* at 95.
- (120) C. CIV. DU QUÉBEC § 601.
- (121) Fratcher, *supra* note 87, at 96.
- (122) *Id.* at 102.
- (123) *Id.* at 102-04. 邦語による文献としては、中川和彦、メキシコ信託法の素描（その1）、成城法学第22号21頁（1986）。
- (124) ZWEIGELT & KÜTZ, *supra* note 3, at 117-19.
- (125) T. HONORÉ, THE SOUTH AFRICAN LAW OF TRUSTS 74, 200 (2d ed.); Administration of Estates Act §§ 57-60 (1965); Fratcher, *supra* note 87, at 99-100.
- (126) Fratcher, *id.* at 100.
- (127) The Dutch Civil Code § 3.6.1.1; Fratcher, *supra* note 87, at 99-100.
- (128) A. Hartkamp, Civil Code Revision in the Netherlands 1947 - 1992, in NIEUW NEDERLANDS BURGERLIJK WETBOEK HET VERMOGENSRECHT (NEW NETHERLANDS CIVIL CODE PATRIMONIAL LAW) xvii (1992).
- (129) *Id.* at xx.
- (130) Fratcher, *supra* note 87, at 100.
- (131) *Id.* at 100-01.
- (132) *Id.* at 101.
- (133) *Id.*
- (134) *Id.*
- (135) Fratcher, *supra* note 87, at 101-02. オランダ民法1971年改正草案は、fiduciary transfer に関し、次のような新しい規定を設けた。それによれば、fiduciary transfer は制約なしに可能となるが、かかる fiduciary transfer は譲受人に完全な所有権を設定し、破産等の場合にもその所有権の結果が全面的に及ぶとされた。この規定により、受益者に英米信託法上の受益者の権利に類似した「限定された対物権」(limited right in rem) を発展させる可能性は、排除された。
- (136) *Id.* at 102.
- (137) Hartkamp, *supra* note 128, at xx.
- (138) R. LEE, AN INTRODUCTION TO ROMAN-DUTCH LAW (2d ed. 1925). 邦語文献としては、海原文雄「ローマン・ダッチ法の信託」(1)東海法学第4号1頁以下（1989）、(2)東海法

- 学第6号1頁以下(1991)参照。
- (139) 原田慶吉、ローマ法366頁(1949)。
- (140) ZWEIGELT & KÖTZ, *supra* note 3, at 269-73.
- (141) HONORÉ, *supra* note 125, at 200-01. 特に、Holland州法の影響を受けたといわれる。Fratcher, *supra* note 87, at 97. 海原、前掲(注139)、東海法学第6号1-2頁(1991)参照。
- (142) *Id.*
- (143) *Id.*; Estate Kemp v. MacDonald's Trustee, 1914 C.P.D. 1084, 1915 A.D. 491 は、その古典的リーディング・ケース。
- (144) Unit Trusts Control Act, 1947, S.A. Stat. no. 18.
- (145) Fratcher, *supra* note 87, at 98.
- (146) F. LAWSON, PARADOXES 102 (1980).
- (147) Fratcher, *supra* note 87, at 97.
- (148) *Id.*
- (149) *Id.* at 98. *Ex parte* A. H. Milton in His Capacity as Trustee of the Milton Children Trust, 1959 (1) Rhodesia & Nyasaland L.R. 337, 1959 (3) S.A. 347 (S.R.).
- (150) *Ex parte* Davenport & Mills: *In re* Smith's Trust, 1962 Rhodesia & Nyasaland L.R. 805.
- (151) Thomas, Note on the Origin of Uses and Trusts Waqfs, 3 Sw. L.J. 162 (1949); Cattan, The Law of Waqf, in LAW IN THE MIDDLE EAST 203 (1955); Gaudiosi, The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College, 13 U. PA. L. REV. 1231 (1988).
- (152) W. BUCKLAND, THE MAIN INSTITUTIONS OF ROMAN PRIVATE LAW 88ff (1931).
- (153) W. Heffening, 'Wakf' in SHORTER ENCYCLOPAEDIA OF LATAIN 626 (1958).
- (154) Qur'ān § 45 (18).
- (155) Sahih of Mohammed ibn Ismail al-Bukhari.
- (156) Ghayat el-Bayan (A Collection of Hadith) (1369).
- (157) Thomas, *supra* note 1, at
- (158) Fratcher, *supra* note 87, at 113-14; J. Anderson, Islamic Law, in 6 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW ch. 2, 105 (1974).
- (159) Thomas, *supra* note 1, at 166.
- (160) Gaudiosi, *supra* note 1, at 1244-45.
- (161) *Id.* at 1250-54. 以上、大島俊之、信託の起源はイスラム法、会報信託159号12-15頁
- (162) Dajani v. Mustafa el Khaldi, [1946] A.C. 383 (P.C.); Fratcher, *supra* note 87, at 110.

- (163) Fratcher, *supra* note 87, at 111.
- (164) *Id.*; Anderson, *supra* note 158.
- (165) Riziki Binti Abdulla v. Sharifa Binti Mohamed Bin Hemed, [1963] 2 WLR 475, 477 (P.C. 1962).
- (166) Fratcher, *supra* note 87, at 111.
- (167) *Id.* at 112.
- (168) *Id.*
- (169) *Id.*
- (170) *Id.* at 112.
- (171) *Id.* at 113
- (172) *Id.* at 113.
- (173) *Id.*; ZWEIFELT & KÖTZ, *supra* note 3, at 423-24.
- (174) 邦語文献として、遠峰四郎「ワクフについて」法学研究第33巻1320頁以下（1960）参照。
- (175) Fratcher, *supra* note 87, at 113.
- (176) *Id.*
- (177) *Id.* at 114.
- (178) LAWSON, *supra* note 84, at 197-204.
- (179) Personen und Gesellschaftsrecht mit dem Gesetz über das Treuunternehmen § 899.
- (180) Fratcher, *supra* note 87, at 102.
- (181) *E.g.*, Marks v. Loewenberg, 143 LA. 196, 78 So. 444 (1920). 1920年までは、trustsは承認されていなかった。しかし、それ以降は一定の範囲で有効とされるに至る。BOGERT & BOGERT, *supra* note 70, at §§ 2 & 7. LA. CIV. CODE art. 1520 (1870). "Every disposition by which the donee, the heir, or legatee is charged to preserve for or to return a thing to a third person is null, even with regard to the donee, the instituted heir or the legatee."
- (182) K. Lorio, Louisiana Trusts: The Experience of a Civil Law Jurisdiction with the Trust, 42 LA. L. REV. 1709 (1982).
- (183) *Id.*
- (184) Fratcher, *supra* note 87, at 99.
- (185) Fratcher, *supra* note 87, at 93.
- (186) LAWSON, *supra* note 84, at 201. *Cf.*, *id.* at 174 n. 47.
- (187) 2 D. WALKER, PRINCIPLES OF SCOTTISH PRIVATE LAW 1585-86, 1607-10 (1970).
- (188) *Id.* at 1591; Fratcher, *supra* note 87, at 93.

- (188) P. Lepaulle, Civil Law Substitutes for Trusts, 35 YALE L. J. 1126 (1927) ; Patton, Trust Systems in the Western Hemisphere, 19 TUL. L. REV. 389 (1946).
- (190) O. W. HOLMES, THE COMMON LAW 5 ([1881] Howe ed. 1967).
- (191) LAWSON, *supra* note 84, at 203.
- (192) P. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT 1-7 (1979).
- (193) R. POUND, THE SPIRIT OF THE COMMON LAW 14 (1921).
- (194) R. POUND, INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY 57 (1923).
- (195) RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 74, Comment a.
- (196) 四宮和夫、信託法〔新版〕83頁 (1989).
- (197) RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 17 & Introductory Note, at 57.
- (198) *Id.* at § 17(e).
- (199) 入江眞太郎、信託法22頁 (1940).
- (200) HASKELL, *supra* note 45, at 96-74.
- (201) RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 284.
- (202) *Id.* at § 170.
- (203) SCOTT, *supra* note 42, at § 200, I.
- (204) RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 2, Comment i.
- (205) *Id.* at § 17(a) (b) & (c) は、いずれも日本法上は単独行為に当る。
- (206) 四宮和夫、信託法〔新版〕14、76-77頁 (1989) ; 大阪谷公雄、信託法セミナー8-22、397-401頁 (1990) 参照。
- (207) Fratcher, *supra* note 87.
- (208) 四宮和夫、信託法〔新版〕14頁 (1989)。

第2部 各論

ヨーロッパおよびイスラムにおける
信託および信託類似制度

第1章 フランスにおける信託類似制度

- 1 はじめに
- 2 若干の類似制度の検討
 - (1) Fiducie 法草案
 - (2) Fondation
 - (3) Association
 - (4) Société en commandite
 - (5) SICAV・FCP
- 3 社債管理制度の検討
 - (1) 社債管理の必要性と信託
 - (2) フランスの社債管理
 - (3) 信託との比較
- 4 むすび

1 はじめに

(1) 信託 (Trust) という法制度を英米法特有のものとして理解すれば、英米法圏の外においては、法制度としての信託は存在しないことになる。しかし法制度としての信託も、社会を構成する私人間の私的利害の合理的調整をめざす1つの法制度であり、当該社会ごとの固有性による濃淡はあるにせよ、私人の利害は社会の相違を超えての共通性があるから、一定の利害調整を果すべき機能において、英米法圏の外にあっても、信託類似の制度が認められるはずである。そしてこのような機能に着目した比較法研究を、それぞれの国につき行なうことにより、信託と信託類似の制度との法制度としての長所・短所とが明らかになる。このことは、当然のことながら、わが国における同様の利害調整の法制度の革新・改善についても裨益するところ大であると思われる。本稿は、以上の問題意識からする研究の第1歩として、フランスにおける信託類似制度を検討するものである。

(2) 検討の順序としては、まず2において英米における代表的な信託の利用形態に対応するフランスの類似制度をいくつかとりあげる。次に3において、一見対照的な法的構成をとると思われる社債管理制度を検討の対象とする。これらは、いずれも信託と信託を制度として原則としてもたないフランスの信託類似制度との比較検討であるが、本稿の問題意識からすれば、2においては概観的な、3においては、各論的な検討を試みたつもりである。そして4において以上の検討をまとめてむすびとする。

2 若干の類似制度の検討

(1) Fiducie 法草案⁽¹⁾

(ア) フランスは、1991年11月26日に、ハーグ国際私法会議採択の1984年の信託の準拠法及び承認に関する条約を批准した。その結果、フランスの居住者は、外国において信託を設定し、その利益を享受することが安心してできることになるが、その一方で、フランスに国内において信託を設定し、その利益を享受することは、依然として、原則的に違法のままにとどまる。このことは、外国における信託の設定・利用の増加、すなわちフランス国内における投資・収入の減少を惹起しかねない。そこでフランス政府は、前記条約の批准

に伴う問題を緩和・除去するため、信託に相当するものとしての *Fiducie* と呼ばれる制度を新たに導入することを考え、その草案を準備・発表した (*Avant-projet de loi relatif à la fiducie*)。

(イ) 草案は、民法典の契約に関する規定に *Fiducie* についての一連の新設条文を付加する形式をとる。その基本的内容は、以下の通りである。

第1に、*Fiducie* を設定するためには書面による設定者 (*constituant*) と受託者 (*fiduciaire*) との契約によらなければならない。この際、受益者 (*bénéficiaire*) は契約の当事者ではなく、その同意は不要である。またそれが相続に関係するものである場合は、フランスの公証人の前で署名されなければならない。

第2に、*Fiducie* を設定する契約は、99年を超えてはならない。また契約は、設定期間の満了、設定目的の達成、裁判所の判断によっても終了する。

第3に、*Fiducie* を設定する契約は、受益者のために受託者が管理する設定者によって設定される財産を特定しなければならない。財産の所有権は受託者に移転されるが、受託者の財産とは区別されて管理されなければならない。

第4に、受託者は *Fiducie* の対象となる財産の管理につき契約条項の定めを誠実に履行しなければならない。受託者の義務違反により損害が生ずれば、受益者は受託者の責任を追及できる。また受託者のかかる行為は、裁判所によって無効とされる。さらに受託者は、*Fiducie* の対象となる財産に関する勘定を別にしなければならない。

(ウ) *Fiducie* は、信託に相当する制度として構成されるが、信託と異なるところもある。*Fiducie* は、あくまでも設定者と受託者との契約であるから、設定者と受託者が同一人の場合は認められない。信託ではこのようなことはない。また *Fiducie* は、書面によることを必要とするが、信託は、その必要はない。さらに受益者の権利は、信託の *equitable rights* とは異なる。

(2) *Fondation* ⁽²⁾

(ウ) *Fondation* は、英米法圏における *Charitable Trust* に類似の制度である。*Charitable Trust* は、慈善的・公益的な社会の需要に応えるために発展してきた制度である。受益者を特定人とすることは、許容されないが、*Rule against perpetuities* の適用は受けない。英国では、慈善的・公益的等の需要は、中世においては専ら教会が担っていたが、宗教改革によって教会財産は国王の所有とされたことから、信託が利用されるにいたった。

Charitable Trust は、その数もきわめて多く、広く利用されており、社会的にも重要な役割を果たしている。従って国家の公共政策とも大いに関係しうるので、Charities Act 等により、国家も一定のコントロールをするようになっていく。

(イ) フランスでは、宗教改革はイギリスほどには教会の地位に影響を与えなかったため、慈善的・公益的等の需要の担い手は、依然として教会であった。この場合、教会に提出された財産は財産自体としての独立性はもたず、教会所有とされた。しかし1789年の大革命は、この状況を一変させ、教会は慈善的・公益的等の需要に大きく応えるべき役割を喪失した。かかる状況のなかで、Fondation が利用されることになった。

(ロ) Fondation には、2つの方法が認められる。第1は、法人組織をとるものであり、第2は、契約による方法である。

第1の方法は、ある人が一定の財産を一定の目的のために提供することを管轄官庁に申請し、それと同時に、その財産を受け入れて Fondation として運用するための特別な法人格を有す組織の設立の許可を受けることによって行なわれる。この方法による場合は、きわめて厳格な国家による監督を受けることになる。

第2の方法は、いわゆる第三者のためにする契約 (Stipulation pour autrui) によるものである。この場合、受益者による受益の意思表示が必要とされ、諾約者が法人であるときは、管轄官庁の承認が必要とされる。

第1の方法と第2の方法とでは、国家による介入はもちろん前者が厳しい。しかし実際には、第1の方法が一般に利用され、第2の方法はほとんどない。

(3) Association

(ア) 英国においては、Club や Society が広く存在する。これらは、一般に信託の制度による場合が多い。それは、17～18世紀には、法人を設立するには国王の特許を必要としたため、信託が利用されたことによる。Club や Society は、メンバーの利益のために一定の財産が信託され、それにもとづき活動が行なわれる。そして信託を利用することによって、有限責任・訴訟当事者適格・財産所有などの問題が合理的に解決される。現代では、法人の設立は容易になったが、信託によるものが依然広く利用されている。この主要な理由のひとつは、信託では私的自治が原則的に認められ、国家の介入の余地が少ないからである。

(イ) フランスでは、大革命において結社そのものに対して敵対的であった。この点は、

例えば1810年刑法291条は、20人以下のすべての結社は政府の許可を必要とし、それに違反する者に対する刑罰を規定していた。もっとも19世紀末には、291条の適用は政治結社のみに限定され、さらに1901年には同規定は廃止された。

結社の法的構成は、契約と共有をもって対応されたが、様々な問題があり、Association de petite personnalitéが認められた。これを設立するには、管轄官庁の許可が必要とされるのみならず、財産保有能力につき制限がある。すなわち他人から贈与を受けることはできず、その財産は、事務所と結社の目的を達成するに最少限の財産しか實際上、保有できないものである。

そこでしばらくは Association de petite personnalitéで活動し、その後、管轄官庁の許可を得て、Etablissements d'utilité publique を設立すると、財産所有に関する権利能力は広いものとなる。しかし活動目的は、公益についてのものに限定される。

(4) Société en commandite

(ア) 英国では、株式会社 (Joint Stock Company) の発生と利用とが、1719年の Bubble Act によって、議会の立法か、国王の特許状かのいずれかによらなければ設立できなくなったが、もちろん資本蓄積の要求は、依然として強く存在した。そのため、人々は Partnership か信託かを用いて企業形態とすることになり、この状態は、19世紀の前半ごろまで続いた。そしてこの信託を利用する企業形態は、Business Trust といわれた。

しかし1825年に Bubble Act が廃止され、1844年に Act for the Registration, Incorporation and Regulation of Joint Stock Companies が制定された。1844年法は、最初の一般的な株式会社法であり、株式会社の設立が容易になったため、Business Trust の利用は衰微していった。同法は、20人以上の社員で、持分が譲渡可能な利益獲得目的の企業につき Registration を強制するものであるが、逆に言えば、Registration をすれば設立ができることを意味し、株式会社形態は、爾後、大いに発展していくことになる。

(イ) フランスでは、英国での議会の法律や国王の特許状にもとづく企業に対応するものとしては、Compagnie があり、これは、大規模企業で用いられた。そして中規模以下の企業では、Société が用いられ、これが英国での Partnership や Business Trust に対応した。

Société のなかで最も利用されたのは、Société en commandite であり、社員は、有限責任社員 (Passive associés) と無限責任社員 (Active associés) とで構成される。

1808年商法でこの企業形態に関する規定が設けられ、法人格を与えられた。この企業形態（合資会社）は、英国の Business Trust に類似する制度である。すなわち受託者（Trustee）は、無限責任社員に、受益者（Beneficiary）は、有限責任社員に、それぞれ対応して理解されうるからである。

Société en commandite における commandite とは、合同出資を意味し、当事者の一方が金銭商品等の財産を他の一方に交付し、後者がその利用運営の結果、利益を実現してこれを相互の間で所定の割合で分配するための財産出資である。有限責任社員は、会社事業の管理に参加せず、その責任は出資に限定され、第三者との外部的な取引には関与しない。無限責任社員は、事業の管理を行ない、第三者と取引をし、また会社の責任につき無限責任を負う。

(5) SICAV・FCP⁽³⁾

(ア) 英国では、株式等の投資の制度として信託が利用される。これは、株式等の投資を実行する Manager が、受託者との間で Trust Deed を締結し、その受益権（Beneficial interest）を分割化した Sub-unit を公衆、すなわち受益者（Beneficiaries）に販売する仕組みをとる。Manager は、通常は株式ブローカーであり、ひろく分散投資を行なうが、投資された株式等の Equitable owner、すなわち受益権の主体となり、これを細分化して公衆に販売することになる。受託者は、通常は銀行・保険会社であって、Trust Deed のために従い、Manager の監督及び受益者の保護を任務とする。また受益者の利益のために株式の議決権行使も行なう。

(イ) フランスでは、1920年代末に、Société anonymes（株式会社）の形式での投資会社ができしたが、法人税と配当課税の二重課税により、うまくいかなかった。しかし1952年に二重課税を生じさせないための法改正がなされ、それによって投資会社の発展の基礎ができた。1957年には、Décret n°57-1341 du 28 décembre 1957 が制定され、いわゆる Open-end 形の投資会社についての法的整備がなされた。

(ウ) 1979年に1957年の Décret は廃止され、Loi n° 79-12 du 3 janvier 1979 が制定され、Open-end 形の投資会社として、Sociétés d'investissement à capital variable（SICAV）の設立・運用を規制することになった。その後、Loi n° 88-1201 du 23 décembre relative organismes de placement collectif en valeurs mobilière et portant création des fonds communs de créances が制定され、現在はそれによって規律される。

SICAVの基本的特徴は、以下の通りである。すなわち、第1に、株式等の分散投資・管理を目的とする株式会社である。第2に、会社の資産として、85%は上場証券・国債等を、15%は非上場証券・約束手形等を、それぞれ保有しなければならない。第3に、国はSICAVに強制的に国債を引き受けさせる権限をもつが、その資産の30%を超えない範囲内に限る。第4に、設立時の資本金は最低5,000万フランでなければならない、資本が2,500万フラン以下になったときは、証券等の購入は禁止される。この制限のもとで、資本の額は株主総会の特別決議を要せず、変更できる。第4に、自己の所有しない証券の売買・貸借は禁止される。第5に、所有株式の議決権を自ら行使し、また配当・利息も受領する。

SICAVは、大変成功しているといわれ、例えば1982年の時点でも、166のSICAVが存在している。

(ε) FCP、すなわちFonds commun de placementは、前記の1957年のDécretに基づく省令で認められたが、Loi n° 79-594 du 13 juillet 1979が制定され、その後さらに前述のSICAVの規律と同一のものによって規制されることになった。FCPは、SICAVと同様の集団的投資制度であるが、株式会社ではなく、分散投資された株式等の証券は、公衆である投資家の共有となる。FCPは、GérantとDépositaire(des actifs)のイニシアティブによって形成され、Gérantは資金運用を担当し、Dépositaireは資金の管理を行なう。Gérantは、自然人あるいは会社であり、その資金運用対象は、SICAVと異なり、80%が上場証券・国債等であり、20%がその他の証券とされる。公衆である投資家は、Gérantと契約を締結し、資金を拠出する。FCPについては、管轄官庁の認可が必要である。Dépositaireは、Gérantとは別人でなくてはならず、Gérantの指図により資金の出納等を行なう。

3 社債管理制度の検討

(1) 社債管理の必要性和信託⁽⁴⁾

(ア) 社債の管理において信託はいかなる役割を果たしているかを、まず検討する。社債は、長期的な債務であり、かつ、多数の公衆を相手になされるという点で、通常の債務と異なる特色をもつ。従ってそこに社債管理の必要性が生ずるのであり、その管理の仕組みも、その特殊性(社債の大量性、長期性、公衆性)に対応すべきものとならねばならないのである。

(イ) わが国のこの点についての規制は、無担保社債については商法だが、担保付社債については、担保附社債信託法の適用がある。無担保社債では、募集の受託会社（商法304条・商法中改正法律施行法56条）が社債の管理について一定の権限を与えられているが、法律上その設置が強制されるものではなく、任意のものである。募集の受託会社は、その用語の響きに拘らず、信託の受託者でないとするのが通説である（委任・準委任の法理による規制）。従って無担保社債については、通説によれば、法律上の制度として信託は用いられていないことになる。

これに対して担保附社債の方は、担保の受託会社の設置が担保附社債信託法によって強制されており、少なくとも担保の管理においては、担保の受託会社は信託の受託者であると異論なく解されている。これは、非常に多数の社債権者のそれぞれを独立の担保権者として扱うことの困難性を主たる理由とする。従って担保附社債では、信託の制度が利用されていることになる。

(ウ) ところで英米法圏では、社債の管理の仕組みとしては、信託としての受託者がおかれる。米国では、受託者の設置は無担保社債の場合も含めて原則的に強制であるが、英国では任意とされている。受託者は、社債権者の利益を守り、また管理のために一定の権限を与えられている。

受託者が設置される理由としては、第1に、社債権者は公衆であって、自己の利益を守る能力・手段が一般に欠如していることである。第2に、株主とは異なり、社債の発行会社の管理・運営に参加できず、社債契約によるほか発行会社をコントロールしえない。第3に、社債は償還まで長期を要するので、社債契約締結後に種々の事態の変化が起こりうるが、受託者に一定の権限を付与することによって、かかる事情の変更に対応しうるからである。

従って受託者の任務としては、第1に、発行会社が社債契約の各条項を遵守しているかの監視である（例えば、財務制限条項の遵守）。第2に、発行会社が行なう一定の行為（例えば、発行会社の営業の譲渡等）について、社債権者の利益確保の観点から判断しての承認・拒否である。第3に、社債権者に対する情報の提供・通知である。第4に、社債権者の利益を保護するために必要かつ有益な行為の実行である。

以上の通り、社債の特殊性であるその大量性、長期性、公衆性から生ずる種々の問題点に対して、社債権者の利益を確保するため、すなわち社債管理の必要性に応える制度として、信託はきわめて適当な仕組みとすることができるのである。

(4) これに対してフランスでは、一般に信託という制度はフランス法になじまないと考えられてきた⁽⁵⁾。それでは、信託によらずして社債の特殊性に即応すべき法的仕組みを、フランスではどのように実現するのか。それが本節の検討対象となる。

(2) フランスの社債管理⁽⁶⁾

(ア) フランスの社債管理に関する法規制は、大きく三つの時期に区別される。第一期は、Décret-Loi du 30 octobre 1935, relatif à la protection des obligataires (以下1935年法という)以前の時期であり、第二期は、1935年法による時期、第三期は、Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 (以下1966年会社法という)による時期ということになる。そして第一期では、社債管理は Société civile により、また第二期では、Masse des obligataires (社債権者団体)の仕組みがとられた。第三期、すなわち現行の規制は、次の通りとなる。第1に、フランスの会社によるフランスでの起債については、1966年会社法の適用があり、同法の Masse des obligataires となる。第2に、外国の会社によるフランスでの起債は、1935年法の適用があり、同法の Masse des obligataires となる。第3に、フランスの会社・外国の会社による外国での起債は、1935年法の適用があり、同法によるとその場合は特に社債管理の定めがなく、従って契約自由による。これは、Loi n° 67-559 du 12 juillet 1967 による1966年会社法339条の改正によるもので、それまでは、この場合も、1966年会社法の定める Masse des obligataires によっていた。ところでこの第3の場合に、契約自由の結果、具体的にどのような社債管理の仕組みがとられるかという点、Société civile, Masse des obligataires あるいは信託が利用される。とくに1935年法以前に利用されていた Société civile の利用は、Société civile という社債管理の仕組みのいわば再発見として注目される。

(イ) それでは、Société civile とはいかなる仕組みか。まずその法的性質であるが、とくにフランス民法1382条の民事会社 (Société civile) と認められるかをめぐって大いに論争された。その結果社債管理の仕組みとしての Société civile については、第1に、民事会社とみる見解、第2に、委任とみる見解、第3に組合 (Association) とみる見解、第4に、特別な集団契約とみる見解等に分けて対立する状況にある。社債管理の Société civile には、法人格が認められるが、フランスでは組合であっても一定の要件をみたすと、制限的な法人格が認められることに注意しなければならない。

次に Société civile の組織は、Obligataire (社債権者)、Obligataire によって構成され

る Assemblée (社債権者集会) 及び Assemblée で選出される 2~3 名の Administrateur (管理人) からなる。Assemblée は、最高の意思決定機関であり、必要に応じて開催される。Administrateur は、Comité を組織し、社債権者の利益のために行動し、Statut (定款) で定められた任務のほか、Assemblée の決議を実行する。

かかる Société civile の形成は、社債の発行会社が Statut を作成するところからはじまる。Statut において Société civile の組織・権限分配等が定められる。Statut は、Prospectus (目論見書) に記載され、またその重要規定は社債券面にも表示される。Obligataire は、社債の購入によって Statut を受け入れる合意があるとされる (la forme d'un contrat d'adhésion)。

Société civile の社債権者保護機能は、Comité の Administrateurs の活動による。発行会社は、Administrateur と交渉すればよいから、すべての Obligataire を相手とする必要がない。また Société civile には法人格が認められるから、Société civile の名義で担保権等の取得も可能となる。

(ウ) 次に Masse des obligataires はどうか。1935年法の Masse des obligataires には、次の重大な欠陥があった。すなわち Masse des obligataires がいかなる権限を有するかについて明確な規定がなかったことである。その結果、法律に明定されていないことは、原則に戻ることになり、各 Obligataire の個別の同意が必要と解されたからである。

1966年会社法は、Masse des obligataires について詳細な規定をおき、1935年法の欠陥を除去した。以下にその概要を示す。

社債が発行されると、同一の回の Obligataire は、法律上当然に Masse des obligataires を組織するものとされ、法人格が与えられる。その内部組織は、Obligataire, Obligataire 全員で構成される Assemblée générale (社債権者集会) 及び 1~3 名の Représentant (代表者) からなる。Représentant は、Assemblée générale で選出される (3名を超えてはならない)。もっとも緊急の場合は、利害関係人の申請によって裁判所が選任する。

Représentant は、Assemblée générale の決議による制限を除き、Obligataires の共通の利益を守るための一切の管理を行為をなす権限を有する。処分行為は授権がなければできない。権限の行使は、Masse de obligataires の名において行なう。その報酬は、Assemblée で定められ、発行会社が負担する。

Assemblée générale は、いつでも開催でき、Représentant が決まったら、Re-

présentant が招集する。社債の30分の1以上を有する Obligataire も Représentant に招集を請求できる（少数社債権）。Assemblée générale ordinaire(通常集会)は、Représentant の選任・任期・報酬・解任、Obligataire の利益保護・社債契約の履行を目的とする一切の措置等を決定する。定足数は、第1回では社債の4分の1以上の Obligataires の出席だが、第2回には定足数を要しない。議決権の過半数をもって決議する。Assemblée générale extraordinaire(特別集会)は、社債契約の変更を目的とする一切の提案につき決議する。定足数は、第1回は社債の2分の1、第2回は4分の1以上である。決議要件は、議決権の3分の2である。特別決議は、さらに裁判所の認可が必要とされる。少数社債権者の保護のためである。

(3) 信託との比較⁽⁷⁾

フランスの社債管理は、Masse des obligataires あるいは Société civile にみられるように、社債権者全体を共通の利害関係を有する団体として把握し、その団体の代表機関をして社債権者保護の役割を果させようとする。これに対して、信託は、受託者をして社債権者の保護を図ろうとする。この場合、受託者は社債権者団体の機関ではない。従って両者の法的構成は、基本的に異なるといわなければならない。

しかしこの団体法的アプローチと信託アプローチとは、その実態を子細にみると、法的構成の基本的な相違に拘らず、相当に近似するところがあることが分る。例えば、信託による社債管理において、社債権者による団体的な意思表示がないかといえ、それはあるのであって、社債権者集会 (Bondholders' meeting) の定めがなされ、真に重要な事項はそこで決定されるのである。従って受託者はすべて自己の判断で行動するのではなく、事項によっては社債権者集会の意向をはかりつつ行動するから、その点では社債権者団体の機関としての Représentant ときわめて近似することになる。他方、Masse des obligataires の代表機関としての Représentant は、確かに制度上、Assemblée générale において Obligataires によって選任されるが、実際には、発行会社が社債発行準備の一環として、Représentant の候補者（通常は銀行の社員）をあらかじめ選定しておき、それが Assemblée générale にて選任されるのが実態である。これは、発行会社が受託者を選任し、社債管理に関する Trust Deed を締結する場合とこれまたきわめて近似する。このように見ると、その機能においては、フランスの管理システムと英米法圏の信託による管理システムとは、非常に接近するのである。

4 むすび

社会の特定の需要に応えるために形成される法的構成は、それぞれの社会の伝統・基盤によって様々なものとなる。しかしその特定の需要が共通性を有するものであると、法的構成の差異に拘らず、その機能は非常に近接してくる。我々は、機能を分析し、比較検討することにより、法的構成の意義をより明らかにすることができる。そしてかかる研究を進めることによってより良き法的構成が、場合によってはその移植をも含めて、可能となる。本稿は、その全くささやかな試みにすぎないが、こうした研究を今後一層進展させることを期してむすびとする。

- (1) 大島俊之「フランスの信託法草案」信託164号30頁以下参照。さらに Béraudo, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, 1992 参照。
- (2) (2)以下の記述については、de Wulf, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, 1965 によるところが大きい。また Fratcher, *Property and Trust* (International Encyclopedia of Comparative Law vol.VI) のフランスに関する部分、Mayda, "Trust" and "Living Law" in Europe, 103 *Univ. of Pennsylvania L. Rev.*1041[1955]; Batiffol, *The Trust Problem as seen by a French Lawyer*, *J. Comp. Leg.*33(1951); Bates, *Common Law Express Trusts in French Law*, 40 *Yale L. J.*34(1930); Hefti, *Trusts and Their Treatment in the civil Law*, 5 *Am. J. Comp. L.*535(1956) 等も参照。さらに、山本桂一・フランス企業法序説、Witz, *La Fiducie en droit privé français*, 1981; 西沢宗英「Claude Witz 氏の fiducie(信託)論」信託法研究11号77頁、同「フランスにおける『信託』序説——Witz 論文を契機として」信託135号13頁等も参照。
- (3) Martin, *Banques et bourses* 3^e éd., 1991 (Juglart et Ippolito, *Traité de droit Commercial* t.7) pp.762-767.
- (4) 日本の社債法については、鴻常夫・社債法(法律全集)、新版注釈会社法(10)、(11)を参照。米国社債法については、Landau, *Corporate Trust Administration and Management*, 4th ed. 1992, 英国については、Gower, *Principles of Modern Company Law* 5th ed. 1992 66.377-382.等参照。さらに江頭憲治郎「社債の管理に関する受託会社の義務と責任」鴻先生還暦記念105頁以下、落合誠一「契約による社債権者と株主の利害調整」竹内先生還暦記念199頁も参照。なおユーロ債については、佐藤敏昭「ユーロ債発行契約の法的構造について」鴻先生還暦記念415頁以下、落合誠一「社債受託」(池原季雄編・国際信

託の実務と法理論) 97頁以下等参照。

- (5) 例えば、Motulsky, De impossibilité juridique de constituer un "Trust", anglo-saxon sous l'empire de la loi française, Rev. cri. dr. int. pr. 1948, 451 参照。
- (6) 菅原菊志「フランスにおける社債権者団体(1)、(2・完)」法学新報63巻10号56頁以下、63巻12号34頁以下参照。1966年会社法の社債管理については、Ripert=Roblot, Traité de droit commercial, t.1, 14^e éd., 1991, p.1071 以下参照。

さらに、Les euro-obligations eurobonds (Travaux du centre de recherche sur le droit des marches et des investissements internationaux, vol.1, 1972) も参照。

- (7) 落合誠一「社債法全面改正問題の若干の検討——社債の管理を中心として——」商事法務1096号2頁参照。

第2章 ドイツ法の信託と英米法のトラスト

——ハーグ信託条約の観点から——

序論 本稿の問題点

本論 ドイツの信託と英米法のトラスト

——ハーグ条約の観点から——

I 英米法のトラスト

II トラストとドイツ法との関係

III 国際私法上の問題

IV 結論

補論 我国への示唆

序論 本稿の問題設定

過去1世紀にわたって国際私法の国際的な統一について中心的な役割を果たしてきたハーグ国際私法会議は、1984年の第15会期での審議の結果、「信託の準拠法および承認に関する条約」を採択した。この条約については既に我国においても池原季雄教授が主宰する研究グループによって優れた研究成果が公刊されている⁽¹⁾。筆者もこの研究グループの末席を汚した者であるが、比較信託法の観点から「信託実質法⁽²⁾」、「ドイツ国際私法における信託の準拠法⁽³⁾」、「相続法における英米法のエグゼキューター、トラスティと大陸法の遺言執行者、受託者⁽⁴⁾」について検討するのが筆者の課題であった。ドイツ国際私法の部分については、コーイング (Helmut Coing) の見解に依拠してまとめたものであったが、これはコーイング自身がドイツ国際私法と信託法の理論的側面を中心に究明したものであった。その後コーイングは英米法のトラストとドイツ法の信託との比較を踏まえて、ドイツがハーグ信託条約を批准すべきかというきわめて実践的な側面に焦点をあてた論文を最近公表した⁽⁵⁾。そこで、本稿はこのドイツ法学界の泰斗の最も新しい考え方を紹介し、そのうえでコーイングの所説に若干の検討を加えて我国に対する示唆を得ようとするものである。

(1) 池原季雄編『国際信託の実務と法理論 (トラスト60研究叢書)』(有斐閣、1990年)

(2) 池原前掲1—23頁。なお、拙著『財産管理制度と民法・信託法』(有斐閣、1990年)30—47頁、59—66頁にも所収。

(3) 池原前掲24—31頁。

(4) 池原前掲132—148頁。なお、前掲拙著96—113頁にも所収。

(5) Helmut Coing, Übernahme des Trusts in unser internationales Privatrecht? Festschrift für Theodor Weirnsius, 1991, S. 79-88.

本論 ドイツ法の信託と英米法のトラスト

——ハーグ条約の観点から——

ここでは標記に関するコーイングの見解を紹介することにしたい。

トラストをドイツ法に導入することができるか否かという問題は、ドイツにおいてしばしば論じられてきたし、既にワイマル時代にも議論されていた。そこではいうまでもなく様々な考え方が示された。そうこうする間にトラストを導入できる、との方向に向けて新たな一歩が踏み出された。ハーグ国際私法会議は1982年から1984年にかけて「トラストの準拠法およびその承認に関する条約」を作り上げ、そのテキストは1984年10月20日に採択された。大陸法型の法体系を有する幾つかの国がこの条約を既に批准した（イタリア・オランダ・ルクセンブルク）。以上のような理由からすれば、トラストとドイツの法体系との関係をもう一度考察してみることは十分意味があると思われる。

I 英米法のトラスト

1 トラストの場合、財産権はその所有者（委託者 settlor）から他者（受託者 trustee）へ譲渡され、それと同時に受託者はこの財産を管理してその収益を一定の目的のために利用すべきことが定められる。それによって個人（受益者 beneficiary）の利益または一般的な目的を実現することができる。トラストは大法官が、衡平（エクイティ）という観点から、受託者自らに課せられた義務が履行されるように監督したことに由来する制度である。

譲渡された信託財産に関する法的権限は受託者に属する。しかし受託者は信託財産を自己のために利用してはならず、自らに課せられた義務を実現するためにのみ利用できる。すなわち、受託者は、何の制限も受けない自由な所有権ではなく、制限的な所有権を有するに過ぎないのである。受益者は自分に与えられる収益を請求する権利を有する。しかし受益者は一定の場合には信託財産に自ら権利を行使することができる。つまり受託者がその義務に違反して悪意者（この場合過失が認められれば十分である）に信託財産を譲渡した場合である。したがって信託財産については所有権の分有が認められている、ということもできるのである。すなわち、受託者も受益者もともに一定の所有権を有しているわけである（legal-equitable-ownership）。

受託者に帰属する所有権が制限的なものであることから、信託財産は特別財産を構成す

る、という結論に至る。それは受託者が死亡してもその者の相続財産にはならず、受託者個人の債権者は信託財産に対して執行することはできない。また受託者が破産した場合にもその債権者は信託財産に対して権利を有しない。

2 トラストは英米法の領域では極めて多様な目的のために用いられている。そのうち最も重要なものは次のような場合であろう⁽¹⁾。

(1) それは財産、殊に相続財産を受託者に譲渡し、受託者はこれを委託者の親族のために、たいていは数世代にわたって管理するものである。そのようなトラストは財産を浪費しがちな者や取引上必要な経験に欠ける者を保護するために利用することができる（イギリスでは protective trust といい、アメリカでは spendthrift trust という）。このようなトラストの目的はトラストの対象になる財産の処分を長期間にわたり制限し、受益者から管理処分権を剥奪する一方で、受益者に収益を享受せしめ、かつそれを保障するものである。このようなトラストは生存者間の法律行為によってもなしうるし、また特に遺言によってなすこともできる。

(2) 公益目的のためのトラストの設定（公益信託 charitable trust）

これに属するトラストとしては、例えば、受託者が財産から生じた収益を教育や宗教的生活の助成、貧困者の扶助や公共の福祉の促進を図るために利用するというものがある。アメリカでこれに属するのが特にいわゆるコミュニティー・トラスト（community trust）であり、これは寄付を受け入れて、当該都市の発展を促進するために財産管理を行なうものである。

(3) 財産管理の手段としてのトラスト（事業トラスト business trust・投資トラスト investment trust）

このようなトラストにおいては、財産所有者はその財産（またはその一部）を銀行に譲渡し、それによって資産を経済的に効率よく運用させるのである。この種のトラストが認められる理由は、著しく多忙な人々、例えば事業に成功した医師や弁護士は自分で資産の運用についていちいち細かく気を配ることができない、という点にある。アメリカでは多くの銀行がそのためにいわゆる信託部門を設立した。このような目的のためにはトラストの他にももちろん代理契約も利用されている。その場合には、銀行と顧客との間の法律関係はドイツで用いられている寄託契約に対応する⁽²⁾。

類似の目的を追求するのがいわゆる投資トラストである。しかし、ここでは「個人」が

他の者（例えば銀行や上記の目的のために設立された企業）に財産を譲渡するという形はとられない。むしろ「多数人」が財産を受託者に委ねるという形をとるのである。受託者はこのトラストに基づいて基金を設立・管理し、この資金を特にさまざまな有価証券に投資する。

その他にも会社（法人）でない人的共同体のためにその財産を管理させる目的でトラストを用いることができる。例えばイギリスではクラブのためにトラストを用いることができる。同様に株式会社でも多数の株主の議決権を統一的に行使するためにトラストを用いることができる。この場合、議決権を受託者に譲渡するわけである（議決権トラスト voting trust）。

(4) 担保保全のためのトラスト (debenture trust)

ここでは、企業が発行した社債の保全のために設定された担保、一般的には抵当権の維持管理のためにトラストが用いられるが、受託者が抵当権の管理者になり、必要があれば換価することができる。

II トラストとドイツ法との関係

ではトラストの構造と機能をドイツ法と比較してみよう。

1 トラストをドイツの法体系の中に位置付けることは直ちにはできない。

ドイツの物権法は一方で（絶対的な）所有権を認め、他方で例えば用益権のようないわゆる制限物権を認める。トラストはこの分類の中に位置付けられない。ドイツ法は制限を受ける所有権を認めてはいないし、既に述べたような受益者と受託者との間での所有権の分有も認めていない。またトラストをドイツの法体系の中に位置付けようとするとは物権と債権の峻別と矛盾する。一部は（ドイツ法の意味における）債権、一部は物権という受益者の法的地位はドイツの法体系の中には位置付けられないのである。

そこでトラストをドイツ法に導入することは法体系の重大な変更をもたらすのではないかと思われる。とりわけドイツの不動産登記法が定める公示の原則は結果的に新しく規定され直す必要があろう。つまりトラストはドイツの現行法には導入できないのである。さらにドイツの国際私法もトラストに関する規定を有していない。

2 これに対してドイツ法は、イギリス法のトラストによって追求されている目的がドイツ法においても法的保護を受けられるようないろいろな制度を認めている。次にこれを

検討してみよう。

(1) 親族の利益を図るために財産の流動化を防ぐという目的に関していえば、それが生存者間の法律行為によってなされたのか、遺言によってなされたのかを区別しなければならない。

後者の場合、ドイツの相続法は BGB 第2209条によって長期間にわたって遺産を管理することのできる相続財産管理のための遺言執行を命ずることが可能である。遺言執行者は相続財産を管理する権限を有する。すなわち遺言執行者はそれ相当の処分権を有するが (BGB 第2205条)、被相続人の命じたところにしたがって収益を親族に取得させるようにする義務を負うこともできるのである。

生存者間の法律行為の場合には、第一に信託関係を問題にしなければならない。

(2) 公益信託に関していえば、ドイツ法上は何よりも財団を利用することができる。この場合特に重要なのは権利能力のない財団であると思われる。そのような財団は私見によれば信託法が取り扱うべき領域であり、またいうまでもなく負担付贈与とみなすこともできる⁽³⁾。法人たる権利能力のある財団の場合はこれに対して信託法の問題ではない。

(3) 財産管理の手段としてのトラストに関していえば、個人と銀行との契約が問題となる限り寄託契約、銀行法上の契約、事務処理契約、さらに信託も考察の対象となる。信託の典型例である投資会社との契約の場合には (投資トラスト)、投資会社法に特に定められた規定が考察の対象となる。議決権トラストについていえば、ドイツ株式法上 (第135条)、顧客の代理人としての寄託銀行が問題となりうる。ここに信託法が介在してくる余地はない。

(4) ドイツ法上、担保保全のためのトラストに対応するのがまさに信託である。私の考えの及ぶ限り、BGB の規定はほとんど適用の余地がない。

以上のようにドイツ法は英米法上のトラストが有する機能をも法的に作り出すのに適した一連の制度を認めているのである。

3 ドイツ法で認められた制度の法的効果

ここでは何よりも信託法それ自体を検討しなければならない。

(1) まず強調しておかなければならないことは、ドイツの信託法は既に述べたような英米法に固有の所有権の分有を認めていないことである。ローマ法に基礎を置くドイツ法や大陸法の法体系にとってこのような所有権の分有はそもそも異質なのである。つまり受益

者ないし委託者は受託者に対して債権的な請求権を有するに過ぎず、何らの物権的な権利を有しない。

しかし、委託者と受益者の利益が個別的に類似の方法で保護できないかどうかは問題となる。

(2) ここでまず重要なことは、信託財産はトラストの場合においてそうであったように、受託者の固有財産とは別の特別財産を構成する、ということである。このように財産の集合体を二つに分けることは本稿で議論される条約の中でもトラストの要件として明らかにされている(第2条)。

もし信託財産が特別財産であるとすれば、その結果、実際上も著しく重大な帰結が導き出される。すなわち、受託者が死亡した場合、信託財産はその相続財産には属さない。

受託者個人の債権者は信託財産に対して執行することはできず、受託者が破産した場合には信託財産は破産財団には属さない。

第一の原則はドイツの判例上承認されており、第二の原則もドイツ法は同様に認めている。しかし当初この原則は、委託者が自ら受託者に譲渡した財産に限定され、受託者が第三者から取得した財産には適用されなかった。つまり受託者が当初存在した信託財産の代位物として取得した財産には適用がなかったのである(いわゆる直接主義)⁽⁴⁾。この直接主義はローマ法上の信託においては直接譲渡することが決定的に重要な意味を持っていたことに由来する。いうまでもなく連邦通常裁判所は一連の例外を認めている。たとえば、委託者が金銭を信託口座に入金した場合、受託者が委託者から受領した現金を信託口座に入金した場合、第三者が委託者の指図に基づいて委託者に支払うべき金銭を受託者に支払ったというような場合である。これらの場合においては当該財産は、信託財産に帰属しているのである⁽⁵⁾。

学説上はさらに考え方が発展し、いわゆる直接主義そのものを否定できるだろうという見込みが有力となっている⁽⁶⁾。

判例が今後ともこのような考え方に従うであろうことは十分に期待できる。そうだとすると、委託者ないし受益者はドイツ法上もトラストと同様の保護を受け、信託財産は特別財産を構成することになる。

(3) さらに、英米法上、委託者または受益者は、もし受託者がトラストに基づく義務に違反して信託財産を譲渡し、または自分の財産と混同した場合(例えば受託者が信託された金銭を自分個人に属する金銭を入金する口座に入金したような場合)には特に保護され

る。

トラス法上、第一の場合には委託者または受益者は譲渡された物の返還を譲受人に対して請求することができる。この場合、譲受人が過失により受託者がその義務に違反して行動していたことを知らなくても返還請求ができるのである。ドイツ法上はこのような場合の解決策について様々な見解が主張されている。一説によれば、当該処分は良俗違反または刑法違反の場合にのみ無効とみなされるべきである、とされる。これに対して別の見解は、このような場合、代理権の濫用についての判例において発展してきた原則を適用すべきである、との考え方に立っている。この考え方は、トラス法におけるのと本質的に同様の取り扱いに至るのではないかと思われる⁽⁷⁾。信託財産と受託者の固有財産とが混同した場合には、委託者は代位の原則によって自己の持分を分離することができる。もちろんこれは各々の持分が確定できることを前提にしていることはいうまでもない⁽⁸⁾。以上のように、たとえドイツ信託法における委託者と受益者の保護は多くの点においてトラスよりも弱いようにみえるとしても、殊に直接主義を否定してしまった場合には、この委託者と受益者の保護はトラスと比べてもそれほど弱いものとはいえなくなるように思われる。

BGB 第2209条に基づく相続財産管理のための遺言執行者といえどもドイツ法上確かにその者に委ねられた権利の帰属主体になるわけではない（この権利は相続人に属する）。しかし、遺言執行者は相続財産を管理処分するための法律上一定の明確な権利を有しており、それを被相続人の定めたとおりに従って行使しなければならない。遺言執行者の地位は時間的制限に服する（原則として30年）。トラス法も明らかにそのような、もちろん細かい点では異なった、制限を認めている。遺言執行者は相続財産のために訴訟を遂行することができる（BGB 第2212条）。

管理の対象となっている相続財産が遺言執行者の固有財産とは別の財産を構成することは、遺言執行者が相続財産上の権利の帰属主体ではないことから既に明らかである。相続財産債権者ではない相続人の債権者は相続財産に対して執行することはできない（BGB 第2214条）。

遺言執行者がその処分権を濫用して第三者のために処分をした場合、判例によれば第三者がこれを知り得たであろう場合には無効である⁽⁹⁾。それゆえ相続財産管理のための遺言執行は、英米法の相続財産トラスが達成しようとする目的に類似した性格を有する制度の一つであることは明白ではなからうか。

(4) ドイツで投資トラストに対応するのは、投資会社に財産を委託する場合である。このような会社は取得した有価証券を受託者として保有することができる。このような信託関係は投資会社法に詳しく規定されている。そこでは投資家の利益が特別な規定によって保護されている¹⁰⁰。

III 国際私法上の問題

いよいよハーグ条約の中身に立ち入らなければならない。この条約が定めるのは二つの問題である。つまり、トラストの準拠法たる国際私法上の規定（第1条）と、トラストを自国の法秩序の中に規定していない国（以下、トラストを認めない国とする）によるトラストの承認である。

1 国際私法上の規定

(1) 条約はどの実体法がトラストに適用されるのかについて規定している（第6条以下、第7条）。この規定は締約国の一つにおいて設定されたトラストに適用されるのみならず、一般的に締約国においてトラストが法的に問題となるすべての場合に適用される¹⁰¹。これにより、トラストを認めている国にとっては統一的な国際私法規定が作り出されることになり、トラストを認めない国にとってはそもそもこのような国際私法規定が条約によって初めて作り出されたことになる。なぜなら、トラストを認めない国の国際私法にはそのような規定は含まれていないからである。

原則としてトラストを設定する者が準拠法を決定できる（第6条）。委託者が準拠法を定めなかった場合にはトラストが特別に関連性を有するのとはどの国であるかを確定しなければならない（第7条）。

(2) 条約にはトラストについての独自の定義が定められている。それに該当する制度であればここで定められている国際私法規定が適用される。

トラストとみなされる法律関係とは、ある者が一定の財産を他の者（受託者）の管理の下に置き、受託者が第三者のためにまたは一般的な目的のためにこれを管理する場合である。細かくみると、委託された財産は受託者の固有財産を構成すること、受託者は委託された財産についての権限を取得していること、受託者に対してその者が行なう管理行為の範囲内で管理処分権が与えられることが要件となっている（第2条）。

トラストは設定者（委託者）自身によって設定されなければならない。制定法によって課せられる信託義務は条約の適用範囲外である（第3条）。設定の方式についていえば、

いずれにせよ書面によって証明されることが必要である。しかしその書式は特に定められていない(第3条)。

(3) トラストに関する準拠法がどのような法律問題に適用されるのかは第8条が定めている。例えば、受託者の選任と場合によってはその解任、そして受託者の管理処分権並びに信託財産に関する投資、受託者の計算書提出義務等である。しかし、この規定は適用範囲を例示したものであるとされている⁴⁴。

(4) 結果的にみてこの条約が定める国際私法規定は特に二つの点で重要である。第一に、トラストを認めない国は、トラスト法に関する問題が生じた場合、トラストに対応する機能を有するような自国法上の制度の適用を主張することはできず、第6条または第7条によりその適用が認められる国のトラスト法を適用しなければならない、ということである。第二に、確かにこの条約によって英米法のトラストに関する国際私法規定は作り出されたが、トラストを認めない国が有するトラストに対応するような制度についての国際私法規定は作り出されていない。条約第5条はトラストを認めない国の法律が準拠法となる場合には条約を適用しないことを明文で定めているからである。

2 トラストの承認

締約国はトラストを承認する義務を負う(第11条)。

(1) 承認の意味は条約中に詳述されている。すなわち、受託者が受託者としての資格で訴訟を遂行することができ、必要があれば公証人や官公署の面前に出頭することができること、そして信託財産は受託者の固有財産から分離されること、受託者が信託財産をその義務に違反して自己の財産と混同したり、譲渡した場合には返還請求ができることである。いうまでもなくこの最後の場合、不利益を受ける可能性のある第三者の権利については、法廷地の国際私法によって定まる法規定が適用される(第11条)。信託財産と受託者の固有財産との分離については特に次のように定められている。受託者個人の債権者は信託財産に対して執行できず、受託者の破産の場合、信託財産は受託者の財産としては取り扱われることはなく、信託財産は受託者の夫婦財産を構成せず、相続の効果も及ばない(第11条)。受託者は、動産または不動産の登記をする場合には受託者としての地位を登録させる権利を有する。ただし登記がなされる国の法律上これが不可能な場合はこの限りではない(第12条)。

(2) しかし、ここで述べたトラストの承認の効果はこれに尽きるものではない。条約は

ここに定められた効果を法廷地国の国際私法によって定まる準拠法国の有する一定の別の規定によって制限できるとも定めている（第15条以下）。たとえば未成年者の保護のための規定がそれである。

(3) トラストの承認は、トラストを認めない国が英米法のトラストを一定の範囲で受け入れなければならない、ということをも意味する。トラストを認めない国は、トラストが存在する場合に自国の制度を適用すべきことを主張できない。英米法系の国はトラストを認めない国の制度を承認する必要はなく、その限りで何の義務も負担しないのである。

IV 結 論

1 トラストはドイツの法体系に適合しない。ドイツも固有の制度を有し、その制度はトラストが追求する利益を法的に保護することを認めているのであるから、トラストを受け入れる必然性はない。既に述べたような形でのドイツ信託法の発展こそが望ましいのではないだろうか⁹³。

2 条約第11条が規定しているような形でトラストを承認することも望ましくない。トラストの承認とは、たとえ事実および法律関係がドイツの裁判所で判断されるべきものであり、かつドイツ法の領域と関連性を有しているものである場合にも、ドイツ法上類似の制度が存在するか否かという比較作業を放棄してトラストという異質な規定を受け入れなければならない、ということの意味するものといえよう。確かに条約は承認がもたらす基本的な効果を定めているが、この規定は例示的であり、そのために適用上著しい困難が生じうるのである。

3 条約中の国際私法規定（第6条以下）によれば、トラストの問題がドイツの裁判所に持ち出された場合、裁判所は条約の規定に従わなければならないことになるだろう。それゆえトラストに関する限りで存在するドイツ国際私法の体系的な欠缺は埋められるだろう。

しかし他方で、ドイツの国際私法規定中の体系的な欠缺とはいっても、これは学説および判例によって埋めることができないようなものではない⁹⁴。連邦通常裁判所は、このような問題について原則として自国の法体系を前提にした上で⁹⁵、それぞれの問題の解決に際しては、外国の法制度の「意義と目的」およびその制度が外国の法生活上果す機能を考察して、この外国の法制度をドイツ法が同じ目的を達成するために提供している法規範や

制度と比較している。このような法の比較に基づいてドイツ国際私法規定のどの規定が適用されるべきかが判断される¹⁶⁾。このような方法でトラストの問題についても一つの異なった解決に辿りつく。つまりトラストの「構造」全体を承認するのではなく、トラストが個別的な事例において果たす「機能」に応じて承認するのである。遺言によるトラストの場合には、たとえば相続法を適用することができるのではなかろうか。

以上により、例えば外国法が基準となる場合、それがいかなる範囲で自国に適用されるかという問題も（公序の問題からも離れて）解決されることになる。かくて自国法上保護される取引上の利益も考慮することができるであろう。

以上のように、条約中に定められた国際私法上の規定を受け入れることは私見によれば何ら実際上進歩ということとはできないように思われる。正当にもドイツ連邦共和国の代表は条約審議において疑念を表明したのである。この条約を批准することは私には合目的ではないように思われる¹⁷⁾。

- (1) この点については、就中、vgl.Kötz, Trust und Treuhand, 1963.
- (2) この点については、Coing, Archiv für die Civilistische Praxis 167, S. 99 ff.
- (3) Vgl. Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, S. 110, 57.
- (4) RGZ 84, 214; RGZ 94, 305; RGZ 153, 366; BGH WM69, 475.
- (5) Vgl. BGHZ 11,37; BGH NJW59, 1225.
- (6) Vgl. Kötz l.c. S. 132f; Coing, Treuhand, S. 177ff; 詳細については Staudinger-Wiegand Bem. 329 Anhang zu §§ 929ff.
- (7) この点については、Kötz l.c. S. 142; Coing, Treuhand, S. 164f.
- (8) Vgl. Kötz l.c. S. 142f.
- (9) Vgl. Kipp-Coing, Erbrecht, 14. Auf., S. 390.
- (10) この点については、Vgl. Coing, Treuhand, S. 23.
- (11) Overbeck, Rapport in Actes et Documents II 370-415(La Haye 1985).
- (12) Overbeck l.c. Nr.81.
- (13) その意味ではフランスが fiducie に関する法案を作成したことはこのような発展に対応したものとして、興味深い。
- (14) 様々の見解については、Kegel, Internationales Privatrecht, 6.Auf., § 7 III.
- (15) BGHZ44,121(124),29,137(139).
- (16) BGHZ 29,137;47,324.
- (17) 見解は異なるが、就中、Vgl Steinebach, Recht der internationalen Wirtschaft 86, S. 1ff; Pirrung, IPRax. 87, S. 52f; Gambaro, Rivista di Diritto Civile 86, S. 93f; Gaillard-Trautmann,

Revue critique de Droit international privé 86, S.1ff;Kötz, *Rechts-Zeitschrift* 86, S. 562ff.なお、
ハーグ条約のドイツ語についてはIPRax. 87,S. 55ff.参照。

補論 我国への示唆

本論においてコーイングの見解を紹介してきたが、コーイングは英米法のトラストの優れた機能を十分に評価したうえで、しかしトラストの機能をそのままドイツ法に導入することは反対している。トラストの機能を全面的に継受するよりも、ドイツ法上の制度をうまく活用すれば、ドイツ法においてもトラストの機能をほとんどそのまま発揮させることができる、というのが彼の立脚点である。

ドイツ信託法は、トラストとは由来が異なり、ローマ法上の *fiducia* に遡り⁽¹⁾、それ故、トラストと比較して十分な保護が当事者に与えられていないようにいわれているが、そうではなく、とりわけいわゆる直接主義が判例によって完全に否定されるならばほとんどあらゆる場合に信託財産の特別財産性は確保され、信託財産は受託者の個人的債権者から保護されるし、受託者の信託違反処分の場合においても代理権濫用の法理を援用すればその解決はトラストにおけるそれと異なるところはなく、また信託財産と受託者の固有財産との混同の場合にも代位の原則によって処理しうるのである。このようにドイツ信託法が与えている保護は、トラストのそれを凌駕するものではないとしても、遜色ないものである⁽²⁾。さらに BGB 自身にも第2209条が長期間（最長30年）にわたる相続財産の管理制度を規定しており、この規定で遺言執行者に付与される管理権限は物権的な性格を有するものであって⁽³⁾、BGB のこの規定は実はトラストにきわめて類似した管理権を想定しているのである。したがって、ドイツ法は英米法のトラストをそのまま導入する必要はなく、判例・学説による直接主義の否定、あるいは BGB 第2209条の拡大解釈等によってトラスト類似の法的効果を個別的に創出することが可能なのである。以上ここではコーイングの見解をもって代表させたが、これはドイツの定説と考えてよいであろう。

以上のような実体法上の考察は当然国際私法上の問題にも影響を与えることになるだろう。ドイツ法はその体系の内部においてトラストに類似した法的効果を創出しようとしているのに対して、ハーグ条約では、トラストに関する問題が生じた場合にはトラストに対応する機能を有するような自国法上の制度の適用を主張することは許されず、第6条または第7条により適用が認められる国のトラスト法を適用しなければならない。これは明らかにドイツの定説に反する。しかもトラストの承認は、トラストを認めない国がトラストを受け入れることを意味し、トラストを認めない国はトラストが存在する場合には自国の制度

の適用を主張できないのに対して、英米法はトラストを認めない国の制度（たとえばドイツの信託）を承認する必要はなく、その限りで何らの義務も負担せず、英米法にとって一方的に有利なものとなっているのではなからうか。これがハーグ条約に対するドイツの本音であろう。ドイツの定説は、既述のようにトラストの法的効果をドイツ法の個別的制度によって代替させようとしているが、ハーグ条約はこのような見解とは真正面から抵触するものといえるであろう。したがって、ドイツはハーグ条約の批准にきわめて否定的なのである。

翻って我国はどうであろうか。我国民法はドイツ法とは異なり、民法の体系内部においてトラストの法的効果を創出させようとするものではなく、その役割は基本的には信託法に委ねられているのではなからうか。しかも我国信託法はトラストを導入し⁽⁴⁾、その法的効果を認めるために制定されたのである。ここに英米法のトラストに依拠した信託法という特別法を有する我国と、そのような特別法を有せず、信託の問題はすべて一般法である民法およびその判例・学説の展開に委ねられてきたドイツとの違いがある。このような違いはハーグ条約に対する立場の違いにも繋ってくるのではなからうか。すなわち、ドイツがハーグ条約の批准に対して否定的であるとしても、我国はもっと積極的であってもよいのではなからうか。なぜなら、我国はドイツとは異なり条約でいうトラストを認めない国には属さないからである。少なくとも理論的にはハーグ条約を批准する意味はあるように思われる。

(1) fiducia については前掲拙著36-37頁参照。

(2) 前掲拙著39-41頁参照。

(3) 前掲拙著81-82頁、101-109頁参照。

(4) 我国信託法第1条の「信託」の定義が英米法のトラストのそれに合致することについては、前掲拙著65-66頁参照。

第3章 イギリスにおける商取引に関する信託 および信託類似制度の事例

序

- I ノミニー (nominee) と信託
- II 社債と信託
- III デイベンチャ・ストックと信託
- IV セキュライゼーションと信託
- V 劣後信託 (Subordination Trust)
- VI ユニット信託 (Unit Trusts)
- VII 企業年金信託 (Pensions)
- VIII 従業員持株信託
- IX 信託口座 (Trust Accounts)

序

以下は、英国における商取引における信託の利用例の概観を試みたものである。メイトランドの有名な「Essay on Equity」の中に「(信託というものは、)英国の法律家達の業績のうちで最も顕著なものである。信託とは、英国文明にとって不可欠のように思われるが、外国の法には信託に似たものが全然見当らない。例えば、ドイツ民法典をみても、信託の条文はどこにもない。このことは、イギリスの法律家の目から見れば(法律制度上の)大きな欠落であるのに、外国人の目には欠落があることが見えないのである。ギールケ氏は、“信託制度は理解できない。”と私に言ったが、英国民から見ればなぜそうなのか聞きたいところだ。思うに信託は、彼ら外国人が自国の一般法学中の必要体系と考えているものにうまくフィットしないのであろう」と記述があるのは、ドイツにおける判例と学説から成る信託の議論は、措くとしても、非常に興味深い。

我国の信託に比較して、あるいはハーグ信託条約の適用をうける信託と比較して、両国の信託が一体どこが、どのように異なるか、焦点を定めようとしたが、上の文中のギールケ氏のような感じが無いわけではない。おそらく、英国民には信託が、あまりにも身近かなものでありすぎて、信託とは何か、構成要件は、と問われてもメイトランド先生と同様、英国の人々は戸惑うのかも知れない。事実、例えば本レポート作成にあたり、英国の著名弁護士事務所と話合った時にも、信託の本質から始める丁寧な説明からスタートされたが、各事例の段階になると、委託者、受託者が誰々で、というような議論が、ややもすると省略され、この点を注意しないと焦点が定まらないうらいがあったが、彼等には、要は受託者が信託義務を負うかどうかきわめて重要なポイントと認識しているのではないかと強い印象を受けた。

しかし一方では、英国の信託制度の柔軟性というか弾力的なものの考え方には、今後の実務を考える上で、大変参考になる点が多いことも事実である。

ともあれ、以下の事例は、比較的典型的なものとのことであり、そのうちいくつかは、我国にも馴染みの多いものもあるが、他にも数多くの事例はあると思われる。本レポートでは、力不足で、個々の事例の内容の掘下げが十分に出来ていないが、各位のご教示も得て機会があれば、見直したいと考えている。本レポートが今後の我国の信託業務等を検討する上で何かの参考になればと念じている。

I ノミニー (nominee) と信託

1.(1) 信託を用いることによる最も重要な特徴の一つは、コモン・ロー上の所有権と受益的所有権 (beneficial ownership) とを分離することである。この特徴の故に、商取引や金融取引において、信託は、幅広く利用され、メリットが大きいとされる。

この所有権の分離の好例がノミニー (nominee) 制度である。英国の1985年会社法 (The Companies Act 1985) 第24条により、登録された会社は、最低2名の株主が必要である。1名株主のまま業務を6ヶ月間以上継続すれば、同株主は、会社債務につき会社と連帯して責任を負うことになる。この結果、株主の有限責任というメリットが失われてしまう。100%子会社としたい親会社は、このことから全株を所有する株主として登録することは不可能である。これを回避するため、親会社の他の子会社 (通常、特別目的をもつノミニー会社)、子会社の役員や第三者であるノミニーが子会社の登録株主となり、親会社は残余の株式を登録株主として所有する。しかしながら、親会社が子会社株式全株を確実にコントロールし、子会社保有のメリットを享受するため、ノミニー株主は一般的には信託宣言を行ない、自己の株式所有は親会社のためのものであり、親会社の指示があれば、親会社 (又は親会社の指定する者) へ所有株式を移転することに合意する。

イギリス法上、1人会社が認められないのは、association等は複数のメンバーによるものとの観念があって、1人は駄目だという考え方によるものと思われるが、上述のように、ノミニーあるいは man of straw⁽¹⁾により簡便な手法でこれを解決できるというのは、非常に柔軟なビジネス法における対応ということになろう。

(2) さらに、ノミニー会社 (例えば、英国のクリアリング銀行により設立されたものは、匿名で (on an anonymous basis) 株式を所有したい個人や会社により利用される。この場合、ノミニー会社は、コモン・ロー上の株式の所有者であるが、同株式を信託として、株式所有に伴う権利とメリットを享受しかつ表面に出ることを嫌う者のために、所有するのである。また、ノミニー会社は、受益者たる匿名の株式所有者の指示に従い、同株式の議決権を行使することに合意するのが一般的である。もっとも、1985年会社法中の開示規定により、公開有限責任会社 (public limited company) の場合は、受益者的所有者の身許を確認することができる。この場合のノミニー会社と匿名株主との関係は信

託契約にもとづくものと考えられる。

2 100%子会社のノミニー株主に関する信託について、附表の分類に従い説明すれば、委託者と受託者はノミニー株主であり、受益者は実質株主である親会社である、信託財産は、当該子会社株式である。信託目的は、1人株主の無限責任回避であり、信託の基本構造に関する法（constitution、以下基本法という。）は信託宣言である。

3 ノミニー株主に関する信託がハーグ条約⁽²⁾の信託に当るかどうかに関しては、フォン・オーベルベックの解説⁽³⁾では、ハーグ条約特別委員会において信託宣言につき相当議論があったが、最終的には信託宣言が条約上の信託でないということにはならなかったようであり、条約上の信託に該当するものと考えられる。

4 ノミニー株主制度が我国の信託に当るかどうかに関しては、我国では、信託宣言が採用されていないため、信託とはならない⁽⁴⁾。（なお、信託宣言に関する我国の議論について、シンポジウム「信託法改正の基本問題」⁽⁵⁾参照。）

II 社債と信託

1.(1) 社債発行における受託者（trustee）の選任は、古くから信託が用いられる好例である。受託者は、多くの投資家の利益を代表（represent）し、資金の管理を行う上で、法律及び信託証書（trust deed）による広汎な受託者としての義務を負うと共に、発行者と投資家を結びつける役目を果たすための固有の権限を持つ。発行者は、投資家の利益に影響を及ぼす事態が生じた時には、受託者と協議することが出来る立場にあり、一方、投資家は、専門家としての受託者をその代表とすることにより、それら事態につき、投資家の利害に重大な影響がないケースでは投資家に代って受託者が承認を行うとか、あるいは、重大な影響がある場合には、然るべき一連の行動をとったり、社債権者集会を招集するなど適切な措置をとることにつき助言を受けるなどのメリットを享受する。例えば、担保制限条項（negative pledge clause）が社債に付されている場合には、受託者は、投資家のために、代替的な担保に関する約定を承認することが出来、これにより、発行者は、個々の投資家と相談する労から解放される。同様に、受託者が置かれている場合には、デフォ

ルト事由の発生時に受託者が、その判断により（多くの場合25%以上の投資家の指示を受けて）、期限の到来が妥当であるとした時には、社債の期限を到来せしめるとの規定が通常合意され、これにより、マイナーなデフォルト事由（technical event of default）にも、即座に注意が払われ、併せて発行者が個々の投資家に煩わされる必配がなくなる。また信託証書中には、受託者が社債権者集会を開催し、投資家の多数意見に沿うよう、少数意見を調整するための規定が通常設けられている。

(2) 受託者が置かれられない場合には、フィスカル・エージェント（Fiscal Agent 以下FAという）が選任される。FAは通常発行者の代理人であって投資家の代表者（representative）ではない。従って、発行者は、投資家の利害に影響を及ぼす事項については、各投資家と直接コンタクトせねばならず、受託者が置かれられないため代替手段が少なく、マイナーなデフォルトについて投資家により社債の期限の利益の喪失を宣言されるリスクを負う。この結果クロス・デフォルト条項が働いて、関係社債以外の他の債務についても期限が到来させられる最悪の事態に進展する恐れもある。現在の実務では、FA契約においても、社債権者集会が招集され、これを通して発行者と直接交渉する旨の規定が置かれているが、発行者は頑迷な接資家に煩わされる固有のリスクと隣接している。

なお、FA契約においても、FAが発行者より元利金等の支払資金を受取った場合には、当該資金は、投資家のために、信託として保有される（held in trust）との規定がある。これにより、それら資金は発行者の代理人としてでなく、投資家の受託者として管理される。この点においては、FAと受託者の役割は同じである。

(3) 一般的に、社債の管理に関する法制は、大陸法系、英米法系、それらの折衷系に分けられるとされている⁽⁶⁾。大陸法等は、社債権者が自らの責任で社債権を行使するという考え方に立ち、フィスカル・エージェントを置くケースであり、英米法系では第三者である受託者（trustee）を介在させて管理していくやり方であり、折衷方式は、社債権者自らの責任を基本にするけれども社債権者集会によりウェイトを置く方法である。

英米法系については、しかしながら、米国と英国では、システムが若干異なるようである。米国では、担保付社債、無担保社債とも、原則として受託者の設置が、1939年信託証書法（Trust Indenture Act of 1939）により、義務づけられている。発行者は受託者との間で信託証書（Trust Indenture）を締結、法律の定める要件を規定して、これを連邦証

券取引委員会 (SEC) に提出しなければならない。ところで、米国法では、債務不履行が発生する前と発生した後では、法の解釈、考え方が違っているようであり、発生前は契約的アプローチ、発生後は信託的アプローチであると説明されている⁽⁷⁾。無担保の場合、信託証券が締結された社債の管理について、債務不履行発生前の法律関係は、これが信託であるのかどうかについてどのように考えるのであろうか。仮りに、これが信託であるとして、信託の客体は一体何かという点からアプローチしてみる。アメリカ模範社債信託証券条項注釈⁽⁸⁾では、

『無担保社債信託証券はリーエンを設けはしないものの、受託者をおいておくのが望ましいことがわかった。事実、1939年以來、1933年証券法上登録すべき発行については、信託証券法により受託者が要求されている。無担保社債信託証券による受託者はいかなる財産についても権限を有せずまたはこれを占有しないという事実は、受託者の地位は変則的であり、また「受託者 (trustee)」という名称は誤称であると、若干の人々に考えさせてきた。しかしながら、法律上の問題としては、信託財産は契約上の権利でもよいということと、および、他の者のために契約上の権利を保持する者は受託者たりうることは充分確立している。したがって、「受託者 (trustee)」という名称はこの状況においては適当である。なぜなら、無担保社債により設けられる債務は、発行者の所持人に対する直接の債務であるが、社債信託証券により付与された契約上の権利は、発行者に対して所持人のために発行者から受託者に移転するものであるからである。』

とされている。ここで最後の文章の「契約上の権利」が信託の客体にならないかであるが、英文では、「the title "trustee" is appropriate in this situation because, although the debts created by the debentures run directly from the issuer to the holders, the contractual rights conferred by the indenture run from the issuer to the trustee for the benefit of the holders」とされており、この contractual rights は、発行者と社債権者との元利金支払という債権債務以上の何らかの契約上の発行者による誓約ないしは合意が bondholder のために受託者に与えられるとすれば、こういう契約上の権利は信託の客体になりうるのではないかと考えられる。さらに、この権利の引当として発行者の一般財産が、担保付の場合には特定財産が信託財産として引当ての対象となっているように、考えられないかということである。

英国では、社債の管理は、基本的に米国の場合と同様であるが、米国の信託証券法に相

当する法律は存在せず、受託者を設置することは、法律上は任意であるとされている⁹⁹⁾。
なお、受託者を置く契約は、信託証書 (trust deed) と呼ばれ、受託者法 (Trustee Act 1925) の適用を受ける。また、英国の場合は、米国と異なり、trustee は default 前でも信託義務 (fiduciary duty) を負う¹⁰⁰⁾とされていることは、このことが直ちに信託であることにはつながらないにせよ注目したい。また、無担保の場合の信託証書上の信託の客体について触れた文献は発見できなかったが、落合教授は「信託の対象は、法律上の利益であってもよいのであるから、信託証書に定められた社債権者の法律上の利益が、その対象であると把握できるからである。」とされている¹⁰¹⁾。

2 社債の発行に関する信託について、付表 (p.130~131) の分類に従い説明すれば、委託者が発行会社、受託者は信託会社 (例えば、The Law Debenture Trust Corporation p.l.c.が有名であろう)。受益者は社債投資家であり、担保付の場合には担保物が、無担保の場合には発行会社が社債投資家のためになした誓約等が信託財産ということになるか。信託の基本法は、信託証書である。信託目的は云うまでもなく、投資家保護である。

3 それでは、ハーグ条約との関係では、いったいどうなったかということであるが、この点については、ダイヤー、ヴァン・ルーンのレポートがある¹⁰²⁾。

「ヨーロッパでは「信託捺印証書 (trust deed)」といわれるものがあるが、これはユーロボンド発行のための重要な制度となっている。

しかし、従来例では、通常、ユーロボンドが発行されても財産は担保として債権者に直接移転されたのではなかった。したがって、ユーロボンドの典型的な信託捺印証書で「受託者」といっても、実は受託者ではなく、むしろ「信託関係のある代理人 (fiduciary agent)」というべきであろう。なぜならば、信託義務は財産が移転されたことにより課されたものではないからである。このような場合の「受託者」は事実上は潜在的 (potential) 受託者であるという説は多数説といってもよい。というのは、債務不履行となったとき、受託者は社債権者のために集金する手続に関与できるが、社債権者のために金銭を受領したときは、その段階ではじめて実在する受託者となる。

また、ここで、超国家的なレベルで信託証書を使った金融が発達したこともノート

すべきであるが、特に注目すべきものは IMF が発行したものである。このように実務が進歩したことは、大規模な金融調達の分野で信託は各国の国内法制を超えた世界的な制度になってきていることを示唆している。しかし、国際的に採用されている信託証券の大半は信託ではなく、むしろ本質的には信託代理であり、金銭その他の財産を集めて事務処理するときに積極的な義務を果す「受託者」となるという限度で信託といえるものである、ということを指摘し、もう一度注意しておきたい。』

つまり、金銭その他の財産を集めて事務処理を行いつつ、積極的な義務を果す受託者、即ちより具体的には、担保付の場合は勿論、無担保の場合であっても、default 後に社債の支払のために、必要な資金等を管理運用することが契約上規定されているような場合には信託ということになると考えられる。

また、フォン・オーベルベックの解説¹³では、受託者への財産の移転が信託を成立させる不可欠の要件であるとされている。ここで使われている財産に当る英語は assets であるが、米国の信託証券法では property である。property や assets の中には contractual right も含まれると思われるが、文献は見当らなかつたものの、もし英国でも米国同様に contractual right の移転により、信託における財産の移転があるとする考え方が認められるのであれば、英国の無担保の信託証券も信託の要件である財産の移転という点は、クリアーしていると考えられる。

4 社債発行の受託者制度が我国における信託に当るかどうかは議論があるところではなかろうか。担保の受託会社の担保権の管理に関する義務のみが、信託の法理上の受託者の義務とされるにすぎないと一般に解されている。換言すれば、日本法では、担保の受託者の担保権の管理以外には、信託の法理でいう受託者は存在しないと一般に理解されていることになる¹⁴。

しかし、米国や英国の例にならひ、信託証券により、契約上の権利が財産権に含めてよいとすれば、信託と認められる余地もあるのではないかと考えられる。

III ディベンチャ・ストックと信託

1 ディベンチャ・ストックは英国独特の制度のようであり、通常の debenture と異なる法的性質は、借入額（発行額）全額が単一のストックとして取扱われる¹⁵点であるとき

れており、英米法辞典では、それは、「会社と trustee (受託者) との間の契約により借入額全額につき一個の債務として成立する社債、Debenture (債券) と異なり、trustee が債権者・担保権者となり、投資家は trustee から debenture stock certificate の発行を受け、信託の受益者となる。また、任意の額面に分割することもできる点で、debenture よりも流通に便利である。無担保のものは unsecured loan stock (無担保社債) などとよばれる。」とされている。なお、secured loan stock が debenture stock と呼ばれることもある⁹⁹。また米国では bond が担保付長期債務証券、debenture が無担保、のものをさすようである¹⁰⁰。我国の「担保付社債に関する信託における信託の客体は物上担保権のみであって、主たる権利である社債権が信託の客体とされていないことは注意すべきことである。これに対して、イギリスのディベンチャ―・ストックにあつては……中略……主たる権利もまた信託の客体とされ……」とされている¹⁰¹。

なお、stock とは呼ばれているが、手許の目論見書では、Finance Act 1984 の目的上は corporate bond であり、税法上キャピタルゲイン課税に服しないとされている。

ディベンチャ・ストックの発行は、多くの点で社債の発行に似ている。

担保付の場合、受託者は通常発行会社の所有する不動産等にモーゲージを取得する。default が発行会社に生じた時、受託者はその不動産の処分権限を行使するが、その行使に資するように、受託者は担保物件の権原証書 (title deeds) を保管 (custody) するとされている。実際問題として、受託者が置かれていないと、多数のディベンチャ・ストック保有者がそれぞれ権利行使を行うことになるが、これは実務としては、相当に困難なことである。ディベンチャ・ストックによる企業の資金調達は、1960年代70年代には非常に盛んであったが、国際的資本市場の発展や複雑で革新的な資金調達手段の出現によりかなり衰退しているとされている。

2 ディベンチャ・ストックに関する信託について、付表の分類に従い説明すれば、委託者は、発行会社であり、受託者と受益者はそれぞれ、信託会社およびディベンチャ・ストックの投資家である。信託財産は担保付の場合は担保権、無担保の場合は、社債発行の場合と同様である。基本法は、信託証書である。

3 ディベンチャ・ストックに関する信託は、無担保の場合 (但し、財産の移転の要件は前記108ページの社債の場合の考え方が認められる前提) もハーグ条約上の信託である

う。

4 デイベンチャ・ストックが我国の信託に当るかどうかについては、担保付の場合は問題なく信託であるが、無担保の場合については、前記社債発行の場合の議論が当てはまるものと考えられる。

IV セキュライゼーションと信託

1(1) セキュライゼーションの仕組みは、次のとおりである。モーゲージ・プール(mortgage pool)を供給するオリジネーターが、特定目的の会社(special-purpose vehicle, 以下SPVという)を設立し、このSPVが、国際マーケット等でボンドやその他の債務証券を発行することにより資金調達して、モーゲージ・プールを買い取る。買い取られたモーゲージ・プールは、ボンド等の元利金の支払資金となる。モーゲージ・プール中のモーゲージは均一でなく個別性が強いいため、その管理者(administrator)として専門家が起用されるが、通常は、SPVにプールを移転した後、オリジネーターがこれに当たる。モーゲージの他に買取選択権付貸借債権受取勘定(hire purchase receivables)やクレジット・カード債権もセキュライズされている。

経済面を見れば、セキュライゼーションにより、モーゲージをオリジネーターの貸借対照表から簿外に移すことが可能になる点が鍵であり、さらにBIS規制上リスク資産が減少することによる自己資本比率向上効果も大きい。

(2) 英国におけるモーゲージのセキュライゼーションにおいては、通常、受託者が2人関係している。まず第一に、社債の発行に起用される受託者と同様の機能を果たすボンド投資家の代表となる発行受託者(issue trustee)が置かれ、次いで、SPVがオリジネーターと連結(consolidate)されないため(即ち、モーゲージ・プールがオリジネーターの貸借対照表に組込まれないため)に、SPVの株式を裁量信託(discretionary trust)として保有する別の受託者(SPV trustee、以下SPV受託者という)も併せて起用される。(同一人が両方の受託者となることは、利益相反となる可能性により、排除されている。)

(3) 発行受託者は、ボンド投資家への元利払資金を担保するために、SPVの資産（モーゲージ・プール）にチャージ（charge）を取得し、モーゲージ・プールの管理につき利害を持つことになる。同プールの管理に関する発行受託者と管理者（administrator）間のモーゲージ管理契約上、管理者は、モーゲージ延滞状況、必要な場合に採られた措置、元利金支払所要資金と実際の資金のアベイラビリティの水準等につき、発行受託者に報告義務を負っており、受託者は、管理者に義務違反が生じ、然るべき期間内に治癒されない場合等には、管理者を更迭する権限を有する。

(4) 一方、SPV受託者の役割は発行受託者のそれと全く異なる。SPVがオリジネーターと連結されないためには、オリジネーターは、SPVの株式を所有してはならないが、SPV株式を所有して自己の貸借対照表にモーゲージ・プールを取り込むことを望む第三者もなかろう。この解決のために裁量信託が用いられる。

前提条件としては、SPVがボンド等の発行に適した法域（jurisdiction）に設立されることと、発行代り金は、モーゲージ・プールを買取るために用いられるが、買取条件は、ボンドの元利金および各種フィーを支払った後にはSPVに経済的利益が残らないことである。この結果、SPV株式は額面以上の価値を決して持たず、利益配分を受けることもないことになり、SPV株式の所有による実際上の経済利益は伴わないことになる。SPVの所有権を喪失するため、一般的に用いられる方法は次のとおりである。

(i) SPVがオリジネーターにより設立された後ボンドが発行される前に、SPVの発行済全株式はオリジネーターによって、SPV受託者に移転処分（settle）される。

(ii) SPV受託者の信託宣言により、SPV株式は信託条項に従い、信託財産として保有される。信託宣言は、英国法に則りなされるが税法目的に適分するためには、英国非居住者がSPV受託者となる。

(iii) 信託宣言により設定された信託は、裁量的信託¹⁰⁸である。この信託においては、受益者は信託財産のいかなる部分についても受益する権利は与えられず、受託者には、受益者に支払ったり、信託財産の一部を受託者が適当と認める方法で割当てる等の裁量権が与えられる。このようにして、受益者は、裁量権が自己に有利に行使されるという希望以外の何ものをも持てないことから、SPV株式という信託財産に確定的受益権（vested beneficial interest）を持つとは云えないことになる。

さらに、やや複雑になるが、通常、特定の慈善団体（Charities）や不特定の慈善・公益

目的を帯びた施設や協会など、かなり広汎なクラスが受益者として想定されている。つまり、受託者は信託宣言の範囲内で裁量権を行使するため、受益者を予め特定することは出来ないことになる。この点については、信託の3つの確立性（信託設定の意図、信託財産、受益者）の1つが欠けることになるが、裁量信託においては、受益者の特性は必要でないとされている。また、英国では、慈善団体が受益者として特定された信託は、Charity Commissionersに登録（register）しなければならない点にも留意が必要である。なお、実務では通常、信託宣言において、ボンドの元利金がすべて支払われるまでは、SPV受託者が信託財産の分配・処分等を行うことを制限することにより、スキームの長期安定が確保されるよう仕組みられている。

(iv) 加えて、信託宣言で、保護者（protector、通常非居住者である有名銀行やオリジネーターの海外子会社）を規定することが出来るが、この保護者は、SPV取締役後の選任、解任権を専有しており、SPV受託者がSPVの内部事情に介入することを防止する目的で行われている。

なお、米国におけるセキュライゼーションと信託の利用については、天野佳洋「セキュライゼーションと信託」⁹⁹を参照されたい。

2 セキュライゼーションに関する信託について、付表の分類に従い説明する。まず特徴的なことはセキュライゼーションという一つの取引に2種類の信託が用いられていることである。付表では上の説明に従い、これを2段に表示した。上段は発行受託者（issue trustee）が関与するもので、この信託では、特定目的の会社（SPV）が委託者、受託者は信託会社、受益者は投資家、信託財産はSPVの財産に対する担保権（charge）であり、この仕組は、担保付社債発行やディベンチャ・ストックの発行における信託の仕組と基本的には同じである。信託の法律関係を律する文書は、委託者SPVと発行受託者間の信託証書である。下段のSPV受託者が関与する信託においては、オリジネーターからその所有するSPV株式の移転を受けたSPV受託者が、信託宣言により、裁量的信託が設定され、受益者としては、通常は慈善団体等が想定されている。信託財産は、SPV株式である。なお、税法をクリアーするために、SPV受託者は英国外のオフショア法人がこれに当ることもある。

3 以上2つの信託がハーグ条約の信託に当るかどうかに関しては、まず、④発行受託

者に関する信託は、社債やディベンチャ・ストックの発行に関する信託と同様に考えて良いと思われる。次いで、㊸裁量的信託が関係するもう一つの信託については、ダイヤー、ヴァン・ルーンのレポートに裁量的信託に関する説明がある⁹⁴。この信託は英国の衡平法上の取扱いの項で説明されているが、ハーグ条約の対象となる信託から除外する主旨には読めない。もうそうであれば、裁量的信託であることが妨げにはならないと思われる。信託宣言が関係している点については、ノミニー株主に関する信託の場合と同様に考えられる。

4 以上2つの信託が我国の信託に当るかどうかであるが、3㉔の場合は我国の信託に当ると考えられる。3㉕の場合については、裁量的信託が我国の信託においても認められるかどうかを扱う文献は発見できなかったが、信託宣言によることから、その制度を採用していない我国においては、この点で信託には当らないことになろう。

V 劣後信託 (Subordination Trust)

1(1) 英国倒産法では、優先債権者 (preferential creditor) およびフローティングチャージなどによる担保権者への支払が完済された後、支払不能者 (insolvent) の資産は、すべての一般債権者 (unsecured creditor) に、それら債権者への債務発生の時期の先後に関係なく、債権額に比例して (proportionately) 配分されねばならないとされている。しかしながら、一般債権者間において、一方の当事者が、他方当事者の債権への支払に充当されるよう、自己の債権に対しなされた支払を他方当事者に引渡すことに合意する劣後契約を締結することが出来るとされている。この場合に、前者が劣後債権者 (subordinated creditor)、後者が先順位債権者 (senior creditor) と呼ばれる。この劣後契約の効力は、一般債権者への分配が清算人 (liquidator) によりなされた後の一般債権者間の私的取極めであることから、倒産法の強行規定には抵触しない。ところで、劣後債権者が、劣後契約にもとづき、先順位債権者に分配金を引渡す前に支払不能に陥った場合には、同分配金は劣後債権者の財産に属し、劣後債権者自身の債権者間の分配の対象なることから、劣後契約による先順位債権者の利益が奪われる結果となる。先順位債権者に生ずるこのリスクを回避するため、通常劣後信託 (subordination trust) を設定する方法が採用されている。劣後信託は、劣後契約中において、劣後債権者が信託宣言を行い、将来自

身が受取る分配金を先順位債権者の債権が満足されるまで、先順位債権者のために、信託として保有することとすることにより創出される。こうして、劣後債権者への分配金は、劣後債権者によるその受領と同時に自動的に信託に服することになり、劣後債権者の債権者の支配から免れ、先順位債権者の受益の対象となると共に、信託により劣後債権者に対しなされた分配金の散逸が防止されうる。

(2) また、第三者たる受託者を任命して、劣後債権者に対しなされた分配金を信託財産として先順位債権者のために管理させる方法によりさらに上述のリスクを軽減することも可能である。この方法は、劣後社債の発行の場合などに利用されよう。

(3) 劣後契約に関しては、我国において劣後債を発行する場合に問題となりうる民・商法上および倒産法上の基本的な諸論点を指摘・検討することを目的とした成果の発表があり、米国の実例など紹介されており興味深い。ここで採り上げたケースは、アメリカの劣後契約に近いものと思われるが、本件では、劣後契約において信託が明示して合意されている点が特徴であろう。

2(1) 劣後信託について、付表の分類に従い説明すれば、委託者と受託者は劣後債権者であり、受益者は先順位債権者である。信託目的は劣後の合意の実現を確実ならしめることで、基本法は信託宣言である。

(2) また、受託者として独立した第三者が起用される場合には、基本法は信託証書(Indenture)である。

3 劣後信託はハーグ条約の信託に当るかどうかにについては、ダイヤー、ヴァン・ルーン・レポートには、特段の言及はなされていないが、信託宣言⁴による場合、信託証書による場合ともに、条約上の信託に該当するものと考えられる。

4 劣後信託が我国の信託に当たるかどうかについては、2(1)の信託宣言がなされる場合には、信託宣言が我国において認められていないことから、信託とはならないが、第三者が信託証書に基き受託者として起用される場合は、信託に当たると考えられる。

VI ユニット信託 (Unit Trusts)

1(1) ユニット信託 (以下ユニット・トラストという) はマネージャー (管理会社 (多くはプライベート・リミテッド・カンパニー)、我国の投資信託の委託会社に当る) と受託者 (通常は著名な銀行、又は保険会社) と受託者間で締結される信託証書 (trust deed) により設定されるオープン・エンド型のファンドである。マネージャーは、信託証書に規定された範囲内で、信託財産の運用をして投資ポートフォリオの選定に対し責任を負い、当該ポートフォリオは、信託財産を構成する。受託者は信託財産の保管管理と信託財産から生ずる収益の分配に責任を負う。ユニット・トラストに対する権利は通常ユニットと呼ばれ、信託の受益者はユニット保有者と呼ばれる。ユニット保有者は全ユニットに対する自己のユニット保有割合に相当する、未分割 (undivided) の信託財産に対する受益権を持つ。

英国では、ほとんどのユニット・トラストは公認された (authorized) ⁴⁹⁾ものである。ユニット・トラストは、それが、証券投資委員会 (Securities and Investments Board) および通産省 (Department of Trade and Industry) が定めるレギュレーションに適合している場合にのみ、公認される (authorized)。レギュレーションでは、信託財産たりうる証券の種類、マネージャーと受託者の責任、ユニットの価格決定方法、ユニットの販売や買戻しの方法が定められているので、公認ユニット・トラストの信託証書は通常ごく簡単なものである。公認ユニット・トラストの主なメリットは、公募の対象となるフィナンシャル・サービス法上の集合投資計画 (collective investment scheme) ⁵⁰⁾の1つに数えられる点である。

(2) ユニット・トラストと投資会社 (Investment Trusts, 正確には Investment Trust Company ⁵¹⁾) とは時々混同して使われる。投資会社は、(trust という言葉が使われてはいるが) 信託ではなく、会社であり主な目的は、投資により証券やその他の財産 (property) を保有することである。投資会社の株主は、会社財産たる投資証券等に直接の受益権は持たないが、同証券等の実質的所有者である。ところが、ユニット・トラストの場合には、ユニット保有者は、受益者である。

ユニット・トラストの歴史は古く、最初のユニット・トラストは1868年に売出されたが、

1879年に、当時有効であった1862年会社法（Companies Act of 1862）の規定から、20名超のメンバーが利得を得るためにビジネスを行うことは認められないとした高等法院の判例により、ユニット・トラストの組成が否定された。後に、その判例は、控訴審で逆転されたが、この時までには、ユニット・トラストは、会社形態——投資会社（Investment Trust Company）をとることになった。ユニット・トラストが、投資のための手段として再び用いられるようになったのは、1920年代後半であり、その後着実に伸びている。

2 ユニット・トラストについて、付表の分類に従い説明すれば、マネージャーが委託者、受託者は銀行等、受益者はユニット保有者で信託財産はポートフォリオ、基本法は信託証書である。

3 ユニット・トラストが、ハーグ条約上の信託に当るかどうかについては、ダイヤー、ヴァン・ルーンのレポート⁶⁰では、「現代における信託制度の機能」中、ビジネス・トラストの一つとして紹介されているが、ビジネス・トラストの類似制度が別項で紹介されていることから、信託として理解されているのではないかと考えられる。一方、フォン・オーベルベックの説明報告書⁶¹ではビジネス・トラスト一般が取扱われているが、ビジネス・トラストであることを理由に条約の適用外とする方法はとられなかったようである。

4 ユニット・トラストは我国の証券投資信託の制定時に参考にされたとも云われ、我国の信託に当ると考えられる。

VII 企業年金信託（Pensions）

1(1) 職域年金制度（Occupational Pension Schemes）は、制度採用企業が、従業員のために退職年金および死亡給付を行うために設定される取り極めであり、通常、信託が用いられるが、契約によることも可能である。信託を用いる主な理由は、①信託により、採用企業の財産からの分離隔離がなされ、当該企業の倒産などといったリスクを回避でき、年金支払の安全性が確保されることと、②税務上のメリット（信託財産のキャピタルゲイン等の投資収益の非課税）である。税務上の優遇は、所得・法人税（Income and Corporation Tax Act 1988）上の非課税承認（exempt approval）を受けた制度にのみ

適用される。信託の場合には、非課税承認は、信託が取消不能 (irrevocable) であること、信託証書 (Trust Deed) にもとづく年金給付であること、制度が内国歳入限度 (Inland Revenue limits) に適合していること等をクリアーしている場合に与えられる。

非課税承認により、企業の拠出金は被用者の拠出金同様損金扱となり、被用者については企業の拠出金について、みなし所得としての課税を受けない。

雇用者の拠出金 (拠出制の場合には被用者の拠出も同様) は信託財産として、受託者 (雇用者の役員 (directors) が任命されることが多い) が、受益者である被用者の退職、死亡給付を確保するために、信託証書および関係規則等に従い管理する。

職域年金制度は、公的部門と私的部門に大別され、さらに私的制度は2つの管理タイプに分けられるとされている⁹⁰⁾。即ち、保険型年金と自家年金である。上述の年金制度は、この自家年金 (自己管理型基金、self-administered fund) に当たると考えられる。実際の自家年金の管理運営については、資金の投資、保険数理、内国歳入庁等への報告、制度運営等について、専門家の助言を受けなされるが最終責任は受託者にあり、例えば外部のマーチャント・バンカー、銀行、生保等が運用を委託される場合には、『受託者である雇用者企業の役職員の代理人として機能する機会が多い』とされている⁹¹⁾。また、『法的には、1925年受託者法 (the Trustee Act 1925) により規制されるが、それらは該当する信託証書の条項により修正されることがあり、そうでない場合には、受託者の行為は、1961年受託者投資法 (the Trustee Investment Act 1961) の適用を受けるが、そこでは許容される投資の形態および種々の項目ごとに保有されうる資産の比率に制限が付されている。』とされている⁹²⁾。

職域年金制度の他に、個人年金制度 (Personal Pension Schemes) もある。この制度は、自営業者のみならず、職域年金制度に加入できないまたは加入を希望しない者の年金制度で個人的な退職後の給付のための引当ないし準備であり、個人と生命保険会社との間や他の投資手段を提供する者との間の契約により、取極められる。しかしそれら個人の拠出金は、信託として保有 (held on trust) され、契約に従い、合意された給付を当該個人に交付するために充当される。

(2) 年金信託は、信託証書、所得・法人税、社会保障法 (Social Security Act)、などにより規律されることは我国と似ているが、受託者として雇用者の役員が受託者に選任される (勿論信託会社等の法人も受託者として選任される) 点が、我国と異なる点であるように思われる。委託者 (雇用者) が選任する受託者の数は、とくに制約はなく5人位が普

通のようで、また受託者適格について特段の制限はないとされているようである。

最近、ロバート・マックスウェル氏率いる英国のマスコミ企業グループの倒産にからみ、社員年金の巨額の流用が報道されている⁸⁰⁾。同企業のうちのある年金制度では、受託者として、マックスウェル氏自身および同氏の子息2人が選任されており、このことが年金資金の不正流用の原因の一つであるように解説され、さらに米国のERISA法があれば、このような不正もなかったのではとの分析もなされている⁸¹⁾。また、手許の信託証書では、1986年金融サービス法上のCollective Investment Schemesに投資する場合を除き、受託者は、信託資金の雇用者である会社株式への投資や同会社への貸付というような資金運用等は禁じられているようであるが、信託資金の管理運用に関しては、さらに会社役員が受託者となっていることの問題として、例えばテイクオーバービッドを受けた時、役員がこれに対抗して自社株式を購入して自分の地位を守ろうとする場合のリスクも指摘されている⁸²⁾。

(3) 年金信託の法的問題点の一つとして、信託期間の問題がある。手許の信託証書では、信託期間は信託証書作成日より80年間⁸³⁾および永久権禁止則 (rule against perpetuities) 上許される。それ以上の期間と規定されている。この永久権禁止則は、1964年永久拘束および永久積立法 (the Perpetuities and Accumulations Act 1964) により、同法発効後に設定される信託への適用について修正がなされている⁸⁴⁾。

2 企業年金信託について、付表の分類に従い説明すれば、委託者は、雇用者たる企業 (なお、被用者の拠出がある場合であっても、雇用者の一方的な慈善的拠出と解されるとされている⁸⁵⁾)。受託者は雇用者の役員又は法人受託者、受益者は被用者、信託財産は拠出金およびその投資等のポートフォリオ、基本法は信託証書である。

3 企業年金信託が、ハーグ条約上の信託に当たるかどうかについて見れば、条約第2条、第6条の要件を満たしていると考えられ、信託とその類似制度に関する報告⁸⁶⁾においても類似制度から区分されているところから、同条約の信託に当たると考えられる。

4 我国の信託との関係について云えば、構造、機能面からも典型的な信託と云えると考えられる。

VIII 従業員持株信託

1 従業員持株プラン（通常 ESOP (Employee Share Ownership Plans) と呼ばれる）においては、プラン実施企業（雇用者）の株式をプール（warehouse）しておくための裁量的信託（discretionary trust）と、プラン適格となった従業員に対し、当該企業の株式を税法をクリアした形で交付するための従業員持株スキーム（employee share scheme）とが、併用されている。

前者は、信託証書に拠り設定され、受託者は英国のキャピタルゲイン課税（Capital Gains Tax）を免れるために英国の非居住者が実施企業により選任され、信託目的は実施企業の株式への投資である。この目的達成のため受託者は信託のために借入金をなすことを授權されており、借入金により雇用者の株式を購入しプールしておく。

一方後者のスキームについては、利益配分信託（PST, Profit Sharing Trust）が雇用者により設定され、例えば雇用者の各年の利益水準に応じ、信託への拠出がなされる。信託財産たる拠出金は、雇用者の新株の引受け又は前述の裁量的信託から雇用者株式を購入するために用いられる。信託財産として蓄積された雇用者の株式は、一定の要件を満たす従業員に割当てられる。適格従業員はこれらの株式を、その株式が PST に 5 年間キープされている場合には所得税の課税を受けずに取得することができる。

2 従業員持株信託について、付表の分類に従い説明すれば、まず、上段の信託では、委託者が雇用者、受託者がオフショア法人、受益者は裁量的信託であり、信託財産は雇用者の発行する株式およびそれを取得するための資金等であり、基本法は信託証書である。

一方下段の利益配分信託では、委託者は雇用者、受託者は信託会社、雇用者の役員、受益者は適格被用者、信託財産は上段の裁量的信託より購入された株式および拠出金等であり、基本法は、信託証書である。

3 従業員持株信託がハーグ条約上の信託に当たるかどうかであるが、上段の信託においては、裁量的信託の部分については、IVのセキュリタイゼーションで検討した点を条件に、ハーグ条約上の信託に当たるものと考えられる。利益配分信託については、ハーグ条約上の信託に当たると考えられる。利益配分信託については、ハーグ条約上の信託に当たると考

えられる。両信託とも、ビジネス・トラストに当たると考えられるが¹⁰⁰、VIのユニット・トラストで検討したことが、ここでもあてはまるものと考えられる。

4 従業員持株信託が我国の信託に当たるかどうかについてであるが、裁量的信託が関係する点を除いて、我国の信託に当たると考えられる。

IX 信託口座 (Trust Accounts)

1(1) 信託口座は、以下のように英国では商取引のみならず、非商業取引においてもよく用いられているようである。典型的なものは、1925年受託者法 (The Trustee Act 1925) にもとづき選任された受託者が開設する口座や、弁護士等が開設する顧客のための口座⁹⁹、遺言執行者 (executors) や遺産管理人 (administrators) の口座、シンジケート・ローン等の商取引に用いられる特別の口座や1986年金融サービス法に基き investment business を営む者が顧客の預り金を保有するために銀行に開設する口座などである。通常、銀行は、これらの口座の開設により、預金等の債務者としての立場に立つもので、信託の受託者となることは、銀行が契約等により、信託の当事者になる場合を除いて、ないと考えられる。従って、ここで末尾のリストも含め商取引に用いられる信託として、検討することは適当ではないかも知れないが、(シンジケート・ローン等の場合には、Agent 銀行の信託受託者としての立場に立つケースはありうるのでその点では問題ないが)、以下のように、銀行が、ある場面では、その顧客である信託の受託者等の信託関係に関与させられる場合があり、銀行が、その顧客である口座開設人の関与させられる場合があり、銀行が、その顧客である口座開設人の関与している信託の存在に注意深くあらねば、思わぬリスクを蒙ることがあることから、ここに検討したものである。

銀行は、取引口座が信託のそれであることを知っていたり、信託口座であることを理解すべき情報に接している場合には、信託口座の取扱につき、信託違反の当事者とされないよう、口座資金の払出やその他の取扱につき注意を要する。実務では、銀行が口座の性質を知ることが出来ないケースで問題がよく生じよう。口座名からは、明確に信託口座であると区別できない時でも、口座の性質が信託 (fiduciary) のそれであるとは気付いていたことが証明されたケースでは、銀行は責任を問われている。Re Gross, ex parte Kingstone (1871, 6 ch App 632) では、“police account” という口座に付された名称により、同口座は信託口座であるとされた¹⁰⁰。この判例において、Mr. Gross は地方政府の収入役 (treasurer) で、徴収した税を各銀行の口座に、税金の用途毎に分けて入金していた。本判例のケースは、銀行の口座名が、徴収された税が地方警察のために使用されることから、police account と識別 (earmark) のため表示されており、銀行はグロス氏個人の資金ではなく地方税をプールするために開設されたという事実を実際に知っていた。判例は

“police account”と表示された口座は信託の口座であり、その表示以上のものは何も要求されないとしている。しかしながら、近時の判例評釈によれば、このような解釈は批判されているようである。なお、後記（125ページ）のとおり、1986年金融サービス法では investment business を営む者はその顧客の資金を取扱う口座を銀行に開設するが、同口座には“顧客 (client)” という語を含む名称 (title) を付すことが義務付けられており、銀行としては、“client” という名称により、信託の存在を知らされることになると思われる、それ以外にも例えばテニス・クラブ口座も銀行に然るべき調査を行う方がプルーデントであることを示唆する名称であろう。

実際に信託の性質を帯びた資金のための口座であることを知らされていた上のような判例はともかく、通常の注意義務によっては明確に識別できないようなケースにまで、信託口座であり、従ってその口座の取扱につき、特別の注意義務を課されることは、銀行実務とは困難を伴うと言わざるを得ないであろう。英国の銀行では、しかしながら、信託口座の取扱いには経験を積んでおり、信託口座の開設を要求されたり、通常の口座を開設したが後に信託資金が預入されることを知ったりした時には、信託口座支払委託 (trust account mandate) を口座保有者との間に結ぶこととし、同委託には最低、次の約定が規定される。

① 受託者は、通常、小切手やその他の支払指図への署名権限の他への委譲は行わない。銀行はこの約定を厳格に運用し、受託者全員の署名がなければ、信託口座からの支払を行わない。

② 信託を設定した信託証書 (trust deed) が受託者の権限委譲を授權している場合には、銀行がこれに応ずることがあるが、以下のような予防策が講ぜられる。④銀行は、受託者には元本と収益の両口座を開設させ、権限委譲は収益部分についてのみ承認する。⑤本取扱に関する銀行の免責規定、③全受託者は、最低6カ月毎に、銀行口座の残高を照合 (verify) する。④銀行は、信託証書をチェックし、権限委譲の根拠を確かめ、同権限が正しく行使されていることを確認する。

③ ①、②の規定は、証券、保護金庫取引などの信託財産にも同様に適用される。

⑤ 受託者の銀行に対する責任は受託者間の連帯責任である。

④ 信託口座名を然るべく規定する。

なお、米国では預金名義人が他の者の受託者である旨明示して預金口座を開設した場合に撤回可能信託 (revocable trust) の成立が認められる推測的信託 (tentative trust) が

ある⁽⁴⁾。

(2) 一方、銀行に開設される特別口座 (special account) については、特定の場合には、これを信託とする明示の意思表示がなくとも法廷により信託と認められ、口座中の資金は、開設者の一般財産には属さず、口座開設目的に副うべく、例えば開設者の倒産時には、特定の債権者への債務の弁済に充当されることが認められるものである。このような信託は、Quistclose Trust⁽⁵⁾と呼ばれているようであるが、このケースは、英国貴族院判決が認めたものである。

Rolls Razor Ltd.は、その普通株式の配当宣言を行ったものの、財務上の困窮から支払資金がなく、本件の被告 Quistclose 社よりの借入金を配当の支払に充てることとしたが、Quistclose 社は“ローン代り金は、1964年6月24日支払の配当に充当される”ことを貸付の条件として貸付に合意した。代り金相当の小切手が原告 Barclays 銀行に開設された Rolls 社の別口座 (separate account) に入金され、Barclays は、資金が配当金支払のみに充当されることに合意した。配当が支払われる前に Rolls は清算 (liquidation) 手続に入った。争点は、Barclays が Rolls の本件 special account とは別の口座の過振りに本 special account の金銭を充当することが出来るか、それとも Barclays は同金銭を信託として Quistclose のために保有しているのかであった。判決は、後者を取り、本取引が貸付であることは、信託でもあることを妨げるものでないとした。理由としては、

① Rolls、Quistclose 間の貸付の合意は、配当支払への充当を資金用途としており、他の目的は一切存在しなかったことは疑いがないことから、貸付代り金は、Rolls の資産の一部を形成することはなく、配当を受ける権利のある株主に排他的に移転するべく運命づけられているため、仮りに配当支払が行われなければ、Quistclose に返戻されるべき性質のものである。第三者によるある者の債権者への支払のためのこの種取り極めの性質は、第一義的には、信託として、同債権者のための信託ないし信認関係であり、そのような信託でなければ、当該第三者のための信託ないし信認関係であるという考え方は、150年に亘る判例の認めるところである。

② Barclays が信託であることの通知を受けていたかどうか又は信託であるとするのが相当である状況にあったかという点については、Barclays が Rolls から受取った手紙により明確に資金用途が特定されていることにより、クリアーされるとされた⁽⁶⁾。この Quistclose 信託の法理は、その後 in Re Northern Developments (Holdings) Ltd.でさらに拡張され、目的が必ずしも明確に合意されていない場合にも信託が認められているとき

れている。

(3) Quistclose 信託は法廷の認める信託口座であるが、当事者間で特定の者に受益させることの明白な意図による信託口座の利用もある。例えば、ある会社は、自身の倒産からその顧客を保護するために、特別の預金口座を銀行に開設し、会社・顧客間の取引に伴う顧客からの前受金をプールして、取引が完了するまで、同口座を維持することがある。このように明確に分別された口座は信託であるとして認められて来ており、会社の倒産時には、口座資金は、同顧客のために保有されたものとされている。

同様に、1986年金融サービス法の規定⁴⁸⁾では、investment business を営む者は、その顧客から受取り、保持する金銭を自己の口座とは別の口座を銀行に開設しそれに預入することとされており、同口座は信託口座で、口座名として“顧客 (client)”という語を含む表示 (title) をしなければならないこととされている。

(4) 特定の目的のために銀行に開設される口座としては、国際的シンジケート・ローン等の場合に利用される Agent (ローン参加銀行より選任される) の口座がある。もともシンジケート・ローンはプロジェクト・ファイナンスや国家向貸付等大量の資金供与において、貸出しリスク分散の観点から組成されることが多いが、Agent の口座は、それらシンジケート・メンバーが実行し、いずれ借入人に交付されるべき貸付金をプールし、また、借入人が元利金等の支払をなし、いずれ貸付者たるシンジケートメンバーにシェアに応じ配分の上弁済ないし支払われる資金をプールするために開設され、資金は Agent により信託として保有 (held in trust) される。借入人へ交付したり、貸付者へ支払われたりする前に Agent が倒産した時、Agent の財産として、その債権者間で分配されるリスクをカバーするため、Agent はそれらプール資金を信託として保有する仕組が採用される。Agent 口座が信託となることにより、シンジケート・メンバーは、Agent 銀行の倒産の他にも、Agent の契約違反等による資金の他への不正使用 (misappropriation) があつたときにも、追求効 (tracing) によりそれら資金の占有者から資金を回収することが可能である。

もともと、Agent たる銀行は受託者となり、重い義務を負担することを好まないこともありうるので、実務上 Agent 口座が、すべて信託であるとは言い切れないかも知れない。また、Agent の義務をテストした判断は、英国には未だ存在せずとのことであるので⁴⁹⁾、この点にも留意が必要であろう。

2 信託口座について、附表の分類に従い、主なものを説明すれば、まず Quistclose 信託については、委託者が債務者、受託者が債務者の取引銀行、受益者が債務者の債権者（貸付者）、信託財産は口座中の金銭等、基本法及び目的は、それぞれ、判決および債権者保護ということになるが、これは擬制信託（constructive trust）ではなく、復帰信託であるとされている⁴⁶。次に Agent の口座については、委託者・受益者はシンジケート・ローン参加行、受託者が Agent 銀行、信託財産は口座中の金銭等、基本法および目的は、それぞれローン契約およびシンジケート・メンバーの保護である。

3 信託口座がハーグ条約上の信託に当るかどうか。まず第一に、上記 1(1)で検討した口座は、開設を認めた銀行との関係では、銀行が信託の存在につき悪意であったかどうか裁判で争われているが、口座名義人が信託の受託者である点については、おそらく争いが無いので、この点について云えば信託は存在していると云うべきであろう。次に、1(2)の Quistclose 信託は、法廷がエクイティにより、貸付契約当事者間において目的不達成となった際の貸付者保護のために認めたものであり、復帰信託⁴⁷に当ると考えられる。復帰信託であれば、ハーグ条約の適用範囲に含まれる⁴⁸。なお、擬制信託は当事者間に信託とすることの意思がなくとも認められるものであるが、仮りに Quistclose 信託が擬制信託とすれば、ハーグ条約では第 3 条の「任意に設定され、かつ書面により証明される信託」の任意の要件を満たさないことからハーグ条約上の信託ではないことになる。しかし、同条約第 20 条を受けて、制定された 1987 年信託承認法（Recognition of Trusts Act 1987）第 1 条(2)による、「裁判所の決定にもとづいて設定された財産の信託に関しても、条約の規定が効力を有する。」とされることから⁴⁹、このような信託にも、条約の効力が及ぶことになる。さらに 1(3)の特別預金口座や 1(4)の Agent 口座は、条約上の信託に当ると考えられる。

4 上記 1 の信託口座が、我国の信託に当るかどうかについては、信託とすることの明示の意思表示があり、財産権の受託者への移転等がなされているものを除いては、信託と認められないのではないかと考えられる。信託銀行が受託者となる場合は、いわゆる兼営法施行規則により、信託契約として書面を用いることとなる。英法上信託とされる 1(4)の Agent 口座について、信託銀行に信託として開設される場合は信託になろうが（都市銀行同様銀行勘定としての開設も可能）都市銀行に口座が開設される場合は、通常の預金口

座となり、信託になることはないと考えられ、上記1で検討したその他の口座についても同様のことが考えられるからである。なお、Quistclose 信託は我国では復帰信託が認められないことから、また擬制信託であるとしても、我国の信託ではないということになるう。

- (1) ドイツにおける類似例として、新井誠「財産管理制度と民法・信託法」p90
- (2) 「信託の準拠法及び承認に関する条約」(仮訳) 信託153号 p6~9
- (3) Alfred E. von Overbeck、道垣内正人訳「信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約についての報告書(翻訳)」信託153号 p19
- (4) 四宮和夫「信託法(新版)」p84
- (5) 日本私法学会「私法」第47号 p3~77
- (6) 落合誠一「社債法全面改正問題の若干の検討」商事法務 No.1096 p 3~4 池原季雄編「国際信託の実務と法理論」p98
- (7) 木下毅「アメリカ合衆国信託証書法の研究(4)、(7)公社債月報 昭62年9月号、12月号
- (8) 鈴木竹雄、矢沢惇・鴻常夫監修 野村証券(株)発行 p7
- (9) 前注6、池原季雄編 p99
佐藤啓治郎「イギリス社債法における受託者制度」佐賀大学 法経論集 No.13 巻第1号 p135
- (10) 竹内昭夫「社債発行市場のあり方」商事法務 No.1100 p8
- (11) 前注6、池原季雄編 p100
- (12) Adair Dycr, Hans van Loon 三菱信託銀行法律研究会訳「信託と類似制度に関する報告」信託144号 p51
- (13) 前注3 p17,18.
- (14) 前注6、池原季雄編 p98
- (15) Boyle&Sykes「Gore-Browne on Companies」Vol.1, § 17.17
- (16) Butterworths「Company Law Service」1巻 [940]
- (17) The American Bar Association「Commentaries on Model Debenture Indenture Provisions」p7, 注3 (日本語 前注8 p6)
- (18) 鴻常夫「社債法」p139.
- (19) 信託法研究第13号 p85
- (20) 前注12 信託142号 p52
- (21) 神田秀樹、岩村充「劣後債に関する法的問題」金融法務事情 No.1126 p6~14
- (22) 前注4

- (23) H. パートン、D.C. コーナー「英米の投資信託」上 証券研究 Vol 31 1971年4月号
- (24) Financial Service Act 1986 § 75, 邦文は(財)日本証券経済研究所「外国証券関係法令集」イギリス I p58
- (25) 前注 23 p2 p5.
- (26) 前注 12 信託 144号 p48
- (27) 前注 3 信託 153号 p14
- (28) 櫻原朗「イギリスの企業年金」(財)生命保険文化研究所 p26, 32
- (29) 前注 28 p.30, p136~138
- (30) 前注 28 p32, 33, 35
- (31) 平成4年1月21日 読売新聞夕刊
- (32) Intemational Financial Law Review 1992/1月号 p8
- (33) 前注 12 信託 144号 p48
- (34) 前注 33 p47~8
- (35) G.W. キートン、L.A. シェリダン 海原文雄・中野正俊訳「イギリス信託法」 p17~8
- (36) 前注 28 p.33
- (37) 前注 12 信託 144号 p47
- (38) 前注 12 信託 144号 p49
- (39) ドイツにおける信託口座について、前注 1 p90
- (40) Paget's 「Law of Banking」 9th Ed. p89
- (41) ・Totten Trustとも呼ばれる。Restatement (2nd) § 58, 慶応義塾大学信託法研究会抄訳「米國信託法リステイメント」(6)信託 93号 p76
・前注 12 信託 144号 p54~5
- (42) Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investments Ltd. 1970 AC567, [1968]3A11 ER 651
- (43) Maudsley & Burn's 「Trusts and Trustees」(3rd) p12
- (44) Financial Services Act 1986 § 55
- (45) P. Wood 「Law & Practice of International Finance」 p264
- (46) ・Underhill and Hayton 「Law of Trusts and Trustees」(4th. Ed) p281
・G.W. Keeton and L.A. Sheridan 「The Law of Trusts」(10th, Ed) p190
- (47) 前注 12 信託 144号 p54
- (48) 前注 2 p18
- (49) 前注 6 池原季雄編 p37~43 p220

事例	委託者	受託者	受益者
I. ノミニー信託	ノミニー	ノミニー (親会社役員、他の子会社)	株主である親会社
II. 社債信託 (bonds)	発行会社	信託会社 (銀行子会社を含む)	投資家
III. ディベンチャー ストック信託 無担の場合	同上	同上	投資家
IV. セキュリティセ ーションにおけ る信託	SPV (special-purpose vehicle)	同上 (issue trustee)	投資家
	同右	同上 (SPV trustee)	裁量的信託 (通常は慈善基金等 但し 完全償還まで 信託財産 の交付はなされない。)
V. 劣後信託	劣後債権者	劣後債権者 (又は第三者)	先順位債権者
VI. ユニット信託 (ユニット・トラ スト)	originatorの子会社 又は、manager	信託会社 (銀行子会社含む)	ユニット保有者
VII. 企業年金信託	雇用者たる企業	信託会社又は雇用者の役 員	被用者
VIII. 持株信託	雇用者	雇用者により選任された オフショア法人 (英国キャピタルゲイン課 税回避)	裁量的信託
	Profit (Sharing) Trust	雇用者 (employee share scheme)	信託会社 (H) 雇用者の役員
IX. 信託口座 (trust account)	債務者	債務者の取引銀行	当該債務者の債権者
	シンジケートローン参加 行	Agent銀行	シンジケートローン参加 行

信託財産	基本法 (constitution) 及び (目的)	関係法令等*	利用状況
当該会社株式	信託宣言 (ノミニーによる) 〔1人株主の無限責任回避〕	(Companies Act)	非上場企業で利用多数
担保権又は、発行会社の covenants, undertaking	信託証書 〔投資家保護・発行者との調整〕	—	国際市場起債の85% (残りはFiscal Agent) 1989年10月以来800件の起債例
発行者の財産に対する担保権 (charge, mortgage) IIと同様のcovenants等	同上 〔投資家保護、担保管理等〕	—	証券取引所上場553件
SPVの財産に対する担保権 (charge) この担保権の管理に mortgage administrator が起用される	信託証書 〔IIに同じ、但し受託者のカバーする範囲はIIより広い〕	—	mortgageセキュリティタイゼーション現在50件。 延売債権、カード債権にも展開中
SPV株式 (SPVの役員選任権は protectorが持つ)	信託宣言 〔originatorの財務諸表との連結回避〕	○税法の問題発生するケースでは受託者はオフショア法人となる。 ○受託者が特定しているケースでは charity commissionへ要登録	
債務者よりの分配金	信託宣言 (又は信託証書) 〔劣後の合意の確実な実現〕	—	過去5年減少傾向 (私的取引につき把握困難)
ポートフォリオ (証券・現金)	信託証書 〔我国投資信託に類似〕	○ Securities and Investments Board 及び Department of Trade and Industry の定める Regulation ○ Financial Service Act '86 § 75	1990年8月1400件の authorized ユニット・トラストがある (The Unit Trust Association)
拠出金	信託証書 〔外部拠出による雇用者財産からの独立、税法上の恩典〕	Income and Corporation Taxes Act 1988 拠出金…損金 年金…所得 (繰延) (投資収益とならず)	100,000件の実例 (Nat'l Association of Pension Fund)
雇用者の株式 (借入金により購入)	同上	Income and Corporation Taxes Act 1988	上記NAPF及びSuperannuation Funds Office of Inland Revenueにて実例数把握が可能
拠出金および株式 (上記裁量的信託より購入)		PSTにつき非課税	
債務者名義の口座 (特別勘定)	判例 (Quistclose 信託) 〔債権者保護〕	—	
Agent名義の口座	ローン契約書 〔シンジケートメンバーの保護〕	—	把握困難

* 一般法 { Trustee Act 1925
Trustee Investment Act 1961
Law of Property Act 1925

第4章 イスラムにおけるワクフ

1. はじめに
2. ワクフの法的原則
 - (1) ワクフとは
 - (2) ワクフの設定
 - (3) ワクフの有効要件
 - (4) ワクフの所有者
 - (5) ワクフの管理
3. ワクフの歴史と意義
 - (1) ムハンマドとアラブ帝国の時代 (7～8世紀)
 - (2) アラブの特権
 - (3) イスラム帝国の時代 (8～10世紀)
 - (4) シャリーアの法源
 - (5) 軍人政権の時代 (10～14世紀)
 - (6) オスマン・トルコ帝国の時代 (15～19世紀)
4. ワクフの具体例
 - (1) 慈善ワクフーメフメト2世のワクフ文書
 - (2) 家族ワクフーガラオスマンオウル家のワクフ文書
5. むすび

1. はじめに

イスラムにワクフ (waqf) と呼ばれる信託に類似した財産管理制度がある。それは、預言者ムハンマド (西暦570～632年) の言行録であるハディースに由来し、イスラムの宗教的・法的規範が確立した9世紀前後に一般化した。そして軍人政権時代のマムルーク朝 (1250～1517、エジプト、シリア) とオスマン帝国 (1299～1922、トルコ、バルカン半島、エジプト、中近東、北アフリカなど) において広範に普及した。19世紀後半のオスマン帝国では、全農耕地の3/4、アルジェリアの同1/2、チュニジアの同1/3、エジプトの同1/7にワクフが設定されていたといわれる。しかるに、千年を超える星霜を重ねるにつれ、その経済的、社会的弊害が大きくなるとともに、第一次世界大戦におけるオスマン帝国の敗戦とイスラム世界に対する西欧近代思想の影響によりワクフ管理の強化が図られ、エジプトにおける1946年のワクフの制限に関する立法以来、イスラム各国では、ワクフを制限ないし禁止する方向にある。

本小論は、われわれ日本人になじみの薄いワクフについて、信託を念頭におきながら紹介するものである。

2 ワクフの法的原則

(1) ワクフとは

ワクフとは、語義的には「防げること」「抑制すること」であるが、イスラム法では「あるものを第三者の所有物とならないように守り、抑制すること」あるいは「あるものの所有権の移転を永久に停止すること」を意味する。一般的には「ある者が慈善を目的として自分の財産を寄進し、その収益および用益権を公益の用に供すること」またはその「寄進財産」そのもののことをいう。

(2) ワクフの設定

① ワクフの設定者：ワクフ設定者は自己の所有する財産に処分権を有する者でなければならない。したがって、無能力者は設定者にはなれず、設定者はワクフを設定する財産の完全な所有者でなければならない。奴隷はワクフを設定することができず、自由人であ

ることも要件となる。非イスラム教徒もワクフを設定することができるが、それはワクフの目的が、イスラムに反しない場合に限られる。

② ワクフの目的：純粹に公益を目的とするワクフを慈善ワクフ、公益性を建前としながらも実質的には私益を目的とするワクフを家族ワクフという。両者の中間型態もある。

前近代までのヨーロッパにおいて、キリスト教会が果たした役割と同じように、イスラム社会にあっては宗教・教育・慈善・医療・公共・地域社会への奉仕といった公益事業は、慈善ワクフを通して促進された。慈善ワクフは、特定のモスク・マドラサ（大学、高等教育機関）・孤児院・病院・給水施設・道路・橋・城壁といった公共・公益施設の維持・管理を主目的とし、それには、これらの施設に従事する者の俸給の支給も含まれる。

家族ワクフは、アッラーの嘉し給うところにより、設定者及びその相続人の家族と子孫の扶養を目的として設定される。家族ワクフは、設定時に公益性を有していることを要件とせず、将来あるいは最終的に公益性を有していれば認められる。

両者の中間型態は、ワクフの収益を、ワクフ条項に従って公益目的に分配した後に残りがあれば、それを設定者の家族に分配するものである。

設定者自身を受益者とするワクフ、すなわち自益ワクフは認められないとする法学派もあるが、認める学派あるいは形式的には他益とするが実質的には自益となる方式を採用する学派もある。

詐欺を目的とするワクフは、ワクフ設定前の設定者に対する債権者には詐害行為となる。

③ ワクフ財産：ワクフ設定の対象物（元本）は、永続性を有しかつ収益を生むものでなければならない。したがって、主として不動産がその対象となる。

動産については、イスラム諸法学派によって意見が異なる。消耗財は、サダカ（喜捨）の対象であり、一般的には厳しい制限を受けるが、昔は貴重品であったローソクをモスクで使用する場合にのみ認める法学派もある。非消耗財についても厳しく制限する法学派もあるが、一般的には、ミルクや毛を採るための羊・ラクダ・牛、果樹、農機具、武器などは元本として認められる。コーランやイスラムに反しない学問書・楽器を元本として認める法学派もある。金銭は、利子とくに高利貸しをイスラム法は禁止しているので、元本とはなり得ない、とするのが一般的なようである。金銭債権を元本として認める法学派もあるが、主流ではないようである。

これらのワクフ財産は、設定時に特定・現存していることを要する。

④ ワクフ設定の形式：ワクフを設定するには設定者の明確な意思表示を必要とする。ワクフ設定の意思表示は、その対象物（ワクフ財産）、設定の目的（受益の対象）、誰のために設定するのか（受益者）を明確に表明しなければならない。ワクフ設定の明確な意思表示がなければ、サダカ（喜捨）すなわち贈与とみなされることもある。

意思表示は、通常は、慣用的文言を使用した文書（ワクフ文書）によるが、口頭であってもよい。口頭による場合は、ワクフ設定の明確な意思表示に加えて、ワクフ財産（元本）を譲渡・贈与あるいは遺贈の対象にしてはならない、と明確に表明することを要する。

死に至る病の時や遺言によるワクフの設定は相続の対象となるが、遺産の1/3の簡囲内であれば遺言によるワクフ（遺言ワクフ）が認められる。

ワクフはワクフの設定行為のみで成立するが、オスマン帝国では、ワクフ設定の意思表示は裁判官の前で行われるとともに台帳に登録され、スルタンの確認も必要とした。

(3) ワクフの有効要件

① 永久性：ワクフは永続的でなければならない。したがって、ワクフを終了させる権限は何人にもない。特定の受益者が指名されている場合、その者が死亡すると、ワクフの収益は貧者に分配されることになるが、ワクフが終了することはない。

設定者がイスラムから離脱した場合には、そのワクフは無効となり、ワクフ財産はその相続人に帰属する。

ワクフの目的である特定のモスクなどが消滅した場合は、ワクフ財産は、財産法の定める地位に従って法定相続人のものとなるか、または貧者や共同の利益のために使用され、いかなる場合においても世俗的な権力によって没収されることはない。

裁判官は、ワクフを監督する権限を有し、いわゆるシープレー（可及的近似則）を適用することができる。

② 無条件・即時性：ワクフは直ちに効力が生じなければならない。設定者の死亡を条件とする場合を除いて、ワクフの効力発生を延期する条件を付してはならない。

③ 撤回不能性：ワクフは撤回不能な法律行為である。設定者がその生前においてワクフを撤回できるとの学説もあるが、一般的には撤回不能であり、裁判官も、常に、撤回不能の判決を下した。

④ 非要物性：イスラム・スンナ派の4大法学派（ハナフィー学派、シャーフィイー学派、ハンバル学派、マーリキー学派）の一つであるハナフィー学派の中には、ワクフが有

効となるにはワクフ財産のワクフ管理人への引渡しが必要であるとする意見もあるが、同学派の実質的な創始者である大法官アブー・ユースフ（731～798）は、他の学派と同じように、ワクフは設定者の意思表示によってすでに成立しているとする。

マーリキー学派は、以上の有効要件について重要視していない。例えば、ワクフ設定者のみならずその相続人も、ワクフを撤回（取消）することができる。

(4) ワクフの所有者

ワクフから生ずる収益は受益者に帰属するものであることは、全イスラム法学者の認めるところであるが、元本の帰属については意見が分れる。

① アッラー所有説：設定者の所有権は消滅し、アッラーに移転する。これは、設定者のみならず、全ての人間のワクフ元本の所有権を否定するものである。この学説は、アブー・ユースフ、ハナフィー学派、シャーフィイー学派が主張する。

② 設定者所有説：設定者とその相続人がワクフ元本の所有権を保有するが、その権利を行使することはできない。この学説は、ハナフィー学派の開祖であるアブー・ハニーファ、マーリキー学派が主張する。

③ 受益者所有説：ワクフ元本の所有権は受益者に移転する。この学説は、ハンバル学派とシーア派が主張する。

いずれにしても、ワクフ管理人所有説はない。

(5) ワクフの管理

ワクフは、ワクフ管理人によって管理される。管理人にはワクフ収益から俸給が支払われる。

① 管理人の性格：管理人の性格は、大陸法の保佐人、コモン・ローの後見人に類似するという見方がある。管理人は、受任者権限と義務を有するが、管理財産の所有権は保有しないと見る見方である。

② 管理人の指名と地位の承継：アブー・ハニーファは、管理人の指名を欠くとき、ワクフは失効するとする。大法官アブー・ユースフは、その場合は、設定者が管理人となるとする。マーリキー学派は、設定者は管理人にも受益者にもなれないとする。シーア派は、管理人の指名を欠いてもワクフは有効であり、受益者が管理人になるとする。

設定者が最初の管理人を指名し、管理人の地位の承継方法に関する条項を定める。一般

的には、設定者の長男が管理人となり、管理人には後継管理人を指名する権限が付与される。ワクフ条項に管理人の承継方法に関する規定を欠くとき、設定者またはその遺言執行者あるいは裁判官が後継管理人を指名する。裁判官は管理人を免職する権限も有する。

管理人の報酬はワクフ条項に規定されるが、この規定を欠くとき、裁判官がワクフ収入の1/10以下の範囲で、管理人の報酬を定めることができる。

③ 管理人の権限と義務：管理人の権限と義務は、ワクフ財産を預り、不法行為から財産を守り、財産を修繕し、税を収め、地代や収益を徴収し、受益者に収益を分配することである。管理の方式とワクフ収入の用途は設定者が定めたワクフ条項によるが、原則的には、まずワクフ目的である施設の維持・管理費に当てられ、残りがあれば受益者に分配される。管理人は、3年以内であれば、家屋や土地を賃貸できる黙示の権限を有するが、それより長期の賃貸は、ワクフ条項または裁判所の決定によって権限が付与されていなければならない。設定者は、再投資することを目的に、ワクフ財産を売却する権限を自分に留保または管理人に付与することができる。売却代金および再投資物は、当然ながら、ワクフ財産に属する。

ワクフの適正な管理から派生する債務は、ワクフ財産から支払われることになるが、ワクフ管理人の固有財産に及ぶことはない。

3 ワクフの歴史と意義

(1) ムハンマドとアラブ帝国の時代 (7～8世紀)

① ワクフの起源

ムハンマドはイスラムが最も神聖とするカーバ神殿のあるメッカに生まれた。アラブの古くからの伝承は、メッカは天地創造の最初の地であり、アラブ民族の祖である預言者アブラハムがメッカにカーバ神殿を建立してアッラーに献上したと伝える。ムハンマドが生まれた当時のメッカは通商交易地として栄えていたが、メッカの住民は偶像を崇拜し、多くの神々を信仰していた。610年にアッラーから最初の啓示を受けたムハンマドは、預言者として神の言葉の伝導を開始したが、メッカの住民には受け入れられず、女性実業家であり第1号の信者となった妻のハディース、ムハンマドのいとこであり娘婿であるシーア派の開祖アリー、友人であり初代正当カリフとなったアブー・バクルなど数人とともに、622年7月16日（イスラム歴元年元旦）にメディナに逃れた。ムハンマドは、メディナの

住人から土地の寄進を受けそこに住居を構え、その中庭で礼拝を指揮し、神の啓示を信者に伝えた。この中庭がイスラム最初のモスクであり、この土地の寄進にワクフの起源を求める説もある。コーランは、ワクフについて直接言及していないので、ムハンマドの伝承・言行録であるハディースに、イスラム法学者はワクフの起源を求める。

後に第2代正当カリフとなったウマルが、ハイバルという地で大変に豊かな土地を入手した際に、その土地をサダカ（喜捨）とすべきかどうかをムハンマドに相談したところ、ムハンマドは「お前がよければ、土地はそのまま保有しておき、その果実を慈善のために捧げよ」と答えたという。また、別の伝承では、「その土地（の所有権）を凍結しておき、その用益権を人々に捧げなさい。その土地は、売却したり、贈与や相続の対象となつてはならず、その土地から生ずる果実を、アッラーの嘉し給うところにより、お前の子や孫、子孫、親戚、貧者、奴隸、旅人そして布教に捧げなさい」と答えたという。ウマルは、ムハンマドの言葉通りに、その土地を売らず、遺贈もしないという条件を付けて喜捨した。この伝承がワクフの起源とされる。

② コーランの結集と大征服

ムハンマドの没後、直ちに、初代正当カリフ、アブー・バクルは、コーランの結集事業を命ずるとともにイスラムの主権を拡大すべく大征服（ジハード：聖戦）を開始した。

第3代正当カリフ、ウスマーン治世の651年にコーランは完成したが、ウスマーンは暗殺され、アリーが第四代正当カリフに就任した。ウスマーンの暗殺とアリーのカリフ位就任は、イスラム共同体に深刻で激しい分裂抗争を引き起し、アリーを支持するグループからシーア派（アリーを支持する党派の略称）が形成されていった。結局、アリーも暗殺され、ウマイヤ朝が成立する。

③ 軍営都市の建設

ウマイヤ朝（661～750年）は、シーア派の武力蜂起など相次ぐ内乱を平定した後、大征服を再開し、西はイベリア半島から東はトルキスタン、パキスタンに至る大帝國となる。

アラブ軍は、征服地に軍営都市（ミスル）を建設し、統治の拠点とするとともに次の征服の基地とした。軍営都市は周囲を堅固な城壁で囲み、モスクを中心に総督官舎、軍事施設、官庁、広場、市場などが計画的に配置された。この軍営都市において、モスクや給水施設などがワクフの目的、市場（バザール、スーク）がワクフ財産となる。

カリフは軍営都市に総督を派遣し、総督が征服地を統治した。総督は、イスラムの主権に服する者にはその生命と財産の安全を保障し、従来からの慣習とその宗教を容認する代

償として、税を徴収した。税は都市における街区や村落を一単位として一括徴収し、徴収した税の中からアラブ軍人に俸給と食糧を支給した。また、総督は、取引の不正を取締りムスリム（イスラム信者）としての義務を果たすよう監督する市場監督官、親衛隊、治安部隊であるシュルタ（今日の警察）も設置した。

大征服初期のころ、ムハンマドとともに生き戦ったカリフや総督には、ムハンマドの生きた精神が息づいており、それゆえ、エネルギーにイスラムの主権を拡大し、自ら裁判を執行し、急拡大する異民族・異教徒の征服地を統治するために現実的な見地から行政上の立法権を行使し、法学未だ形成されていなかった当時においては、アッラーの導きに明らかに反しないと判断される限りにおいて、イスラム以前のアラブの伝統的な慣行や征服地における異教徒の法的慣行をも摂取した。

ウマイヤ朝の支配体制が確立・安定した7世紀の末ころになると、裁判官が、形式上はカリフの任命によるが、実質的には総督の権限の下で任命されるようになる。裁判官の職務は広範囲にわたる。民事・刑事に係わる裁判の他に、興味深いことに、遺言とワクフの管理・監督、無能力者の財産管理、後見人のいない女性の結婚の世話と監督、公道や建物の保全などが含まれる。

④ 前期法学派の形成

ウマイヤ朝は、常にシーア派とその分派から理論・武力の両面において激しい挑戦を受け、ヘレニズムの影響を受けるとともに、キリスト教徒などとの宗教的理論闘争とがあいまって、イスラムの神学的思索を高めていった。法学においては、8世紀に入り、メディナやクーファといった主要都市に、前期法学派と呼ばれる地方色の強い法理論が形成されていった。前期法学派は、ムハンマドの伝承であるハディースに加えて、各地方の法的慣行、伝統の中にもスンナ（規範的行為、行為原則）を認めるために、強い地方色を有することになる。

⑤ 大文化・経済圏の出現

この当時、アラブ軍は、軍人の家族あるいは一族・部族ごと軍営都市に進駐し、7世紀末までに、その数130万人にも達したといわれる。アラブの民族大移動である。ウマイヤ朝は、非アラブ人のイスラム化には消極的であり、当初は、非アラブ人の軍営都市での居住を認めなかった。しかるに、軍営都市が発展するにつれてアラブ人と非アラブ人が混住するようになる。コーランは共通アラビア語で記述されており他の言語に翻訳されることはない。アラビア語によるイスラムの布教とアラブの権力及びその富は、非アラブ人

ムスリムをして軍営都市に流入させることになる。このことは、イスラムを共通の宗教・行為規範とし、アラビア語を共通の言語とする一人文化・経済圏を出現させることになる。これは、征服者アラブをしてその民族意識を希薄にさせるとともに、アラブ人によるイスラム共同体の統一・拡大というウマイヤ朝の国家理念を失わしめることになる。一方、非アラブ人ムスリムにとっては、ムスリムとしてのイスラム共同体への帰属意識が高まるとともに、税制度を中心としたアラブの特権や改宗者への身分的差別への不満となり、イスラムの精神であるアッラーの前での全てのムスリムの平等を求める大運動へと発展していった。このような社会状況を背景として、アッバース朝革命が発生する。

⑥ ワクフの設定者と設定目的

この時代のワクフ設定者は、カリフや総督といったアラブ人支配階級である。大征服とアラブの特権によって莫大な富を蓄積した彼らは、イスラムの精神にのっとり、貧者の救済といった慈善目的には動産の贈与であるサダカ（喜捨）によって、公益施設の管理・維持及び慈善目的には不動産の寄進であるワクフを通して行った。ワクフは、不動産の所有権移転を抑制するとともに、その不動産から生ずる収益あるいは用益権を寄進するものである。

ワクフの第一の目的はモスクである。モスクの維持・管理を主目的とし、それにはそのモスクに従事する聖職者などへの俸給も含まれる。モスクはムスリム統合の中心であり、イスラム都市の中核的建物である。当時、モスクは、宗教行事の他に、政府の布告、裁判、学問、情報交換の場として使用されていた。例えば、各都市の大モスクでは、金曜日の正午に集団礼拝が行われ、礼拝に先立つ説教には、その都市の住民の総意として時の権力者の名前を読み込む慣行があり、この名前を意図的に読み落とすことは反乱を意味した。カリフとムスリムの関係は、カリフに対するムスリムのバイア（忠誠の誓い）に基づく契約であるとされ、大モスクの説教で毎週確認されたのである。

ワクフの第二の目的は孤児とりわけ戦争孤児の救済である。ムハンマドも孤児であったが、大征服は大量の孤児と未亡人を必然的に生み出していた。動産は喜捨によって、不動産はワクフを通して寄進され、とりわけ施設を必要とする孤児の救済はワクフによって運営された。

第三の目的は給水施設である。とくに半乾燥地帯では、給水施設は都市の生命線である。

(2) アラブの特権

大征服によるアラブの莫大な富は税制度によって優遇され、それが一層富の集中を進行させた。

① 戦利品：戦利品はファイと呼ばれていたが、のちほど、不動産の戦利品をファイ、戦争捕虜を含む動産の戦利品をガニーマと呼び区別された。ムハンマドは、戦利品の1/5は神、神の使徒、その近親者、孤児、貧者および旅人に帰属するとして自分が取得した。この1/5ルールはカリフやスルタンに承継されることになる。残りの4/5は軍人に分配された。大征服による奴隷を含む莫大な戦利品の獲得は、大量の労働力と私有地、カリフや総督から授与される私領地の増大をもたらし、アラブの特権的支配階級を生み出すことになった。

② 税制度

・ジズヤ（人頭税）：ムハンマドはユダヤ教徒やキリスト教徒などの啓典の民に人頭税を課したが、アラブ帝国の時代にあつては、非ムスリムのみならず非アラブ人ムスリムにも人頭税を課した。人頭税の負担は軽いものであったが、イスラムの支配に服していることを確認させる意味あいを含んでいた。

・ハラージュ（地租）：土地に対する年貢のことで、非アラブ人のみに課税され、生産物の1/2以上が金銭または現物で徴収された。徴収方法は、人頭税と併せて村落単位で一括徴収された。

・ウシュル（1/10税）：一種の財産税のことで、非アラブ人のハラージュに対して、アラブ人にザカート（喜捨）の名目で徴収した。ザカートの課税対象は、貨幣、家畜、果実、穀物、商品であり、いずれも1年以上所有している場合に、徴収され財産の種類別に税率が定められていた。ザカートの用途は、貧しい巡礼者、托鉢の修道者、借金を返済できない貧者、乞食、貧しい旅人、新改宗者への援助のためであり、このことから救貧税とも呼ばれる。

これ以外のウシュルとして、ムスリム商人から年収の2.5%、非ムスリム商人から年収の5%を徴収する商業税、敵国の商人から商品価格の10%を徴収する関税などがある。イスラム法上非合法の税として、総督などによる私設の関税、敵国の商人以外からの関税、婚姻税、両替手数料、水車使用料などがある。

③ 改宗：ウマイヤ朝は、非アラブ人のイスラムへの改宗には消極的であり、改宗に際しては、改宗親（アラブ人ムスリム）と被護民（非アラブ人ムスリム）という身分差別を

し、個人的服従関係を要求した。被護民が相続権者なくして死亡した場合、その財産は改宗親のものとなる。非アラブ人の改宗に消極的だった理由の一つとして税金の問題があったといわれ、それが非アラブ人ムスリムの不満となり、ウマイヤ朝の命取りともなる。

以上、アラブ人至上主義であった正当カリフとウマイヤ朝の時代を称してアラブ帝国の時代と呼ばれる。

(3) イスラム帝国の時代 (8～10世紀)

① アッバース朝と4大法学派の形成

750年アッバース朝革命が成功する。アッバース朝(750～1258)は、神権のカリフを頂点とする全イスラム共同体の再統一と中央集権体制を国家理念とする。このことは、必然的に、民族性を越えたインターナショナルなイスラム国家の建設と行政・官僚機構を発達させる。この国家理念を達成するには、シャリーア(イスラム法)の法的規範の統一が不可欠となる。アッバース朝第2代カリフ、マンスールは、それまで実質的に地方の総督の権限下にあった裁判官の任命をカリフによる直接任命とした。一方、法学にあっては、スンナ派4大法学派の一つであるシャーフィイー学派の祖シャーフィイー(767～820)が、地方色の強い前期法学派のスンナ概念を批判し、論破した。シャーフィイーは、スンナ(規範的行為、行為原則)をハディースとして記録されたものに限定し、それは神意にかなったものであるとして絶対的な権威を与えた。シャーフィイーの古典的理論は、イスラムの法源を(1)コーラン (2)ハディースに記録されたスンナ (3)イジュマー(合意、意見の一致) (4)キヤース(法的類推)の4つに限定する。シャーフィイーに少し遅れて他の3学派、すなわちメディナの慣行としてのスンナを重視するマーリキー学派、コーランとスンナを最も重視する保守的といわれるハンバル学派、キヤースを重視するハナフィー学派が形成された。

アッバース朝はシーア派を弾圧する一方でスンナ派を擁護し、第5代カリフ、アッラシードは、ハナフィー学派のアブー・ユースフを初代大法官(裁判官の長)に任命するとともにその政治顧問とした。当時は、軍人が「剣の人」と呼ばれたのに対し、官僚やウラマー(聖職者、法学者、教師など)を総称して「筆の人」と呼び、彼らをして「ペンは剣よりも強し」と言わしめるほどの文人政治の絶頂期であった。

② ワクフの法的原則の確立

スンナ派の4大法学派が形成されるにおよんでワクフの法的原則が確立した。前述した

ワクフの法的原則はこの時代に確立したものである。

シャーフイー学派の開祖シャーフイーが最初の家族ワクフを設定したといわれる。シャーフイーは、設定者は受益者となることができないとしたが、ハナフィー学派の事実上の創始者であり初代大法官となったアブー・ユースフは、家族ワクフを認めるとともに設定者自身も受益者になることができるとした。これはハナフィー学派の合意となる。シャーフイー学派は、開祖シャーフイーの見解との矛盾を回避するために、ある者がワクフを設定しようとする財産を他人に無償または低廉譲渡し、譲受人が譲渡人を受益者とするワクフを設定するという手法、を容認する。これには当時から強い批判がある。

この時代に、早くも、ワクフは公益・他益目的から私益・自益目的に拡大することになる。

③ 相続制度と家族ワクフ

家族ワクフは、イスラム法における大家族制を前提とした均分相続制度による家産の細分化を避けるとともに、世襲財産を確保したいという人間らしい欲望からくる現実的な要請に応えるものであった。アブー・ユースフは、設定者の家族の扶養のためにワクフを設定することは、サダカと同様に、アッラーの嘉し給う信心深い行為であり、慈善目的にかなうとした。イスラム以前のアラブの部族社会では、幼児と女性に相続権はなく、父系男性親族のみに相続権が限定されていた。ムハンマドは、この部族社会に根ざした相続制度に改革を加え、孤児と寡婦に財産権を認め、女性に相続権を与えた（正確には、アッラーがコーランにて定めた）。ムハンマドが改革を加えたものの、部族的色彩は色濃く残り、妻（達）は夫の遺産の総額の1/4ないし1/8を常に確保できるものの、娘や孫娘など女性に遺産が分配されることは希れであった。また、家産の細分化の問題は解決されなかったのである。スンナ派に対しシーア派は、独自の複雑なロジックを組み立て、単一家族向けの相続体系とした。

④ モスクと慈善ワクフ

急進的なシーア派による最初の本格的政権となったファーティマ朝（909～1171年エジプト）では、一時期ワクフを禁止し、受益者に一定の収入を与えるのと引換えにワクフ財産を裁判所と行政の統制下においたが、多数のモスクが維持、管理できなくなり、結局、大規模なワクフを復活させることとなった。当時、モスクはワクフ無しに維持・管理できなくなっていたようである。

⑤ ワクフの設定者

文人政治の全盛を反映して、ワクフ設定の主役はカリフと宰相を頂点とする高級官僚となる。アッバース朝の中央集権体制は行政組織と官僚機構を高度に発達させたが、この中でイラン系ムスリムが強力な書記階層を形成していた。当時、書記（カーティブ）は専門職であり、書記としての専門知識は「家の学問」として受け継がれた。この書記階層から名門が生まれ、行政府の最高責任者である宰相を輩出した。

アッバース朝第5代カリフ、アッラシードは、バグダッドに「知恵の宝庫」と呼ばれる図書館を建設し、これを前身として、第7代カリフ、マームーンは830年「知恵の館」（バイト・アルヒクマ）を建設し、ギリシャ文献の本格的な収集とアラビア語への翻訳事業を行った。今日、プラトンやソクラテスなどのギリシャ哲学やギリシャ文学がよく知られているのはこの業績によるものである。王侯による学問の府の建設は、カイロのダール・アルヒクマ（知恵の館、1005年、シーア派の学問センターのモデル）、バグダッドのニザーミア学院（マドラサ：1067年、スンナ派の大学）の建設へと受け継がれる。そして、マドラサは、やがてモスクに次いで重要なワクフの目的となる。

(4) シャリーアの法源

① シャリーアの法源

シャリーア（イスラム法）は、永久法、神法、自然法、人定法の全ての領域にわたるが、狭義には永久法、神法に属する。永久法は、アッラーの永遠性そのものにして普遍的に存在し、前世・現世・来世を貫流するものである。全知・全能・唯一の神は、慈悲により人間の導きである聖なる法（神法）を立法し、アダム、ノア、アブラハム、モーゼ、キリストなどの預言者に神の啓示を下し、そして最終の預言者ムハンマドに、アラビア語で神の哲示（コーラン）を与えた。したがって、コーランは神によって立法されたものであるから、人定法によっては変更することができず（不可変性）、最終の啓示として完成しており（完結性）、すべてを包括したものであり（包括性）、ムハンマド以前の預言者たちの伝えた真理を確証したもの（確証性）として、イスラムの最高の法源である。

イスラムにおいては、神が定め啓示した真理を、人間はただ受け入れ服従することによって救いに至る。イスラムとは神に服従することであり、シャリーアとは人間の正しい生き方、歩むべき道を具体的に表現したものである。コーランは包括性を有するために、宗教的側面のみならず世俗的側面も規定する。信仰表明、礼拝、喜捨、斎戒、断食、巡礼、葬制といった「儀礼的規範」から、結婚、離婚、扶養、相続、売買、訴訟、裁判、奴隷と

自由人、非ムスリムの権利と義務、戦争といった公私両法にわたる「法的規範」が含まれる。コーランは普遍性を有するから、イスラム共同体の構成員すべてに平等に適用される。

しかるに、人間は限定された存在であり間違いやすい存在であるから、人間はコーランの具体的な開示が必要となる。それがハディースに含まれるスンナ（規範的行為、行為原則）であり、スンナはイスラム共同体の合意（イジュマ）と法的類推（キヤース）によって補完される。

② 法源とワクフ

コーランにはワクフに関する規定はないが、ハディースに含まれるスンナを、イジュマとキヤースによって補完することにより、ワクフは神の嘉し給うところとなるのである。ムハンマドの伝承（ハディース）にワクフの起源が求められる由縁である。イスラム法学者にあっては、ワクフがビザンチン帝国にあった寄進制度を模倣したものであるか否かは問題外であり、ハディースに起源を求めなければワクフは正当化され得ないのである。

(5) 軍人政権の時代（10～14世紀）

① カリフ鼎立と学的努力の停止

カリフを頂点とする強力な中央集権体制を構築したアンバース朝も、10世紀には、宮廷の奢侈、官僚機構の弛緩、軍事費の膨張、大私有地や大私領地（ダイア）からのウシュル（1/10税）の未納などにより国家財政は破綻し、帝国は分裂状態となり、軍人が政権を奪取することになる。ベルベル人を中心とした本格的シーア派政権であるファーティマ朝がエジプトでカリフを潜称し、これに刺激されてイベリア半島の後ウマイヤ朝もカリフを称し、バグダッドのアッバース朝カリフと併せてカリフ鼎立となる。946年、シーア派を奉ずるイラン系のブワイフ朝（932～1062）がバグダッドに入城するにおよんで、アッバース朝は事実上崩壊し、宗教的権威としてのアッバース朝カリフと政治・行政・軍事といった世俗的権力者としての軍人政権（大アミール、スルタンの称号はスンナ派を奉ずる大セルジューク・トルコ以降）との共存が始まる。

ここに至り法学者は、「イジュティハードの門は閉ざされた」として、コーランとハディースへの法的類推を行う学的努力を停止し、法規範を固定してしまい、それは現在まで続く。

② 危機の時代とワクフの本格的発展

この時代の前半は「スンナ派の危機」、後半は「イスラムの危機」である。スンナ派の危機とは、シーア派を奉ずるカイロのファーティマ朝とアッバース朝カリフを保護したスンナ派の大セルジューク朝（1038～1194）との激しい戦いのことである。イスラムの危機とは、スンナ派トルコ系のマムルーク朝（1250～1517、エジプト、シリア）と十字軍、そして破竹の進撃を続けるモンゴル軍からのイスラム世界の防衛のことである。このような「危機の時代」にあって、ワクフは本格的な発展期を迎える。

(イ) 軍人政権とウラマー（聖職者・法学者・教師など）の相互依存関係：シーア派の学問センターであるカイロのダール・アルヒクマ（知恵の館、1005年）に対抗して、大セルジューク朝は、バグダッドをはじめとして主要各都市にニザーミヤ学院（マドラサ）を建設し、スンナ派の振興と人材の養成を図った。マドラサの建設は、コーラン学校（寺小屋）からマドラサ（大学、高等教育機関）に至るイスラムの教育システムを完成させ、ウラマーが教育の独占的担い手となった。これら教育施設の維持、管理及び質量ともに成長していたウラマーの生活基盤を安定させるために、ワクフが積極的に設定された。

当時のイスラム社会は二重構造であった。イスラム社会は、トルコ系あるいはイラン系の非アラブ人を中心とする軍人政権と現地の一般ムスリム大衆とからなり、両者を繋いでいるのがウラマーであった。ウラマーは、宗教・教育・法律の解釈と執行を担当し、一般ムスリムの社会生活に深く関与しており、一般ムスリムから非常に尊敬されていた。スンナ派の危機とイスラムの危機に際し、軍人政権はウラマーの協力を不可欠とし、ウラマーは護教・護国及び生活基盤の確立のために安定し強力な政権を必要とした。ここに両者の相互依存関係が成立し、ウラマーは軍人政権を承認・支持し、軍人政権は宗教・教育施設を積極的に建設し、それらを維持・管理するために積極的にワクフを設定したのである。

(ロ) 生産力と交易の飛躍的発展：宮廷奴隷であった女性を初代スルタンに推載したスンナ派のトルコ系マムルーク朝は、シリアに残存する十字軍を駆逐し、フラグ率いるモンゴル軍を破ってシリアとエジプトを防衛するとともに、紅海を制した。そのマムルーク朝の強力な騎馬軍団を支えた経済基盤は、イクターと呼ばれる制度にあった。イクター制とは、スルタンが軍人にイクター（分与地）を授与し、軍人に土地の直接管理と徴税権を委ねる見返りとして、軍人にスルタンに対する軍事奉仕を義務づけた制度である。マムルーク武士団は「一所懸命」に戦ったのである。安定した政権の下で農業生産は飛躍的に発展し、商品作物としてサトウキビが普及したのもこの時代である。都市では織物業が発展し

た。これらの豊かな生産力を背景として香料商人や奴隷商人が大活躍する。海のルートによる交易の発展である。

1258年、モンゴル軍がバグダッドを攻略しアッバース朝が滅亡するにおよんで、イスラム世界の中心はカイロに移った。スルタンや大イクター保有者である高級軍人、交易によって莫大な富を蓄積した大商人は、富を都市に集中させるとともに、モスクやマドラサを競って建設し、ワクフを設定した。

モンゴル軍の中央アジア、中東の支配とイスラムへの改宗は、地中海から中国に至る陸のルート（キャラバン・ルート）の安全確保をもたらし、東西交易が飛躍的に拡大した。キャラバン・ルートにはキャラバンサライ（隊商宿）が設置され、それはワクフの目的となり、商人や旅人に無料で解放された。都市におけるキャラバンサライは、生産物の集荷・取引の場すなわち商業施設であり、そこにワクフが設定され、キャラバンサライから生ずる収益がワクフ目的に寄進されるようになった。

(4) 将来への不安と家産の防衛：ワクフ設定の主役はスルタンや高級軍人、大商人となり、生命に対する危険が高い階層の人々であった。このことは、宗教的には、現世で善行を積み来世において天国へ行くための代価としての慈善行為、俗世的には、シャリーアによる均分相続回避の手段としてワクフが利用された。

③ ワクフの弊害

エジプトでワクフは飛躍的に普及することになったが、反面、問題も生じていた。

14世紀に、マムルーク朝のスルタンはエジプト各地に合計で8万ヘクタールに及ぶワクフを設定し、スルタンの財産管理人の監督の下でナージル（ワクフ管理人）にワクフを管理させた。しかるに、このワクフは、実際には高級軍人の手中にあって墮落したものとなり、単にモスクやスーフィー教団への名目的な寄進となってしまったようである。

また、地方におけるワクフの収益はカイロとミスルという2つの聖都に吸引され現地に還元されなかったこととワクフ管理の不手際によって、ワクフは繁栄するがワクフの土地はやせ細る一方となる事態となった。このような状況から、裁判官は、再投資することなしにワクフ財産（元本）を売却すること（ワクフの終了）を認めることになる。

家族ワクフはエジプトとシリアで広く普及していたが、その中には国有地も多数含まれていた。14世紀の末ころ、これらのワクフを国家が没収しようとしたが失敗している。

(6) オスマン・トルコ帝国の時代（15～19世紀）

スンナ派のハナフィー学派を奉ずるオスマン・トルコ帝国（1299～1922）は、アナトリアに建国し、15世紀にビザンチン帝国を滅亡させ、バルカン半島を征服し、16世紀にエジプトのマムルーク朝を滅ぼすとともにメッカとメディナの保護権を獲得し、スルタンとカリフの両位を獲得することになる。イスラムの統一を回復したオスマン帝国は、第10代スルタン、スレイマン1世（在位1494～1566）の治世下で全盛となり、北アフリカとハンガリーを属国とし、ハブスブルグ家のウィーンを包囲攻撃し、地中海を制し、インド洋でポルトガルと覇権を争った。オスマン帝国は、帝国内のすべての住民に、宗教・民族の違いにかかわらず同等の権利を与えることにより帝国の政治的一体性を図るというオスマン主義を国家理念とし、シャリーアの精神を忠実に実践した最も完成されたイスラム国家といわれる。しかるに、産業革命に劣後し、第1次世界大戦での敗北を契機とするケマル・アタチュルクのトルコ革命によって滅亡し、トルコはイスラム国家の道を捨て近代国家の道を歩むことになる。

オスマン帝国は、家産の細分化を防ぐ観点から家族ワクフを推奨したこともあり、ワクフはオスマン帝国で非常に普及した。オスマン時代におけるワクフの、日本人研究者による研究があるので、これらをベースに、次節においてやや具体的にワクフを紹介する。

4 ワクフの具体例

(1) 慈善ワクフ～メフメト2世のワクフ文書

1453年5月、ビザンチン帝国の首都コンスタンチノーブルがメフメト2世率いるオスマン軍によって陥落し、その1000年に及ぶ歴史の幕を閉じた。メフメト2世は、コンスタンチノーブルに入城すると、直ちに、イスタンブールと改名し、オスマン帝国の首都とし、本格的なイスタンブール復興に着手した。

復興策の第1の柱は人口増加策であり、第2の柱はモスクや市場といったイスラムの都市機能を整備することであった。スルタンと宰相によって大モスクと大市場が建設され、これらを中核として首都の中心部が建設された。また、高級軍人やウラマーが建設した小モスクを中心として、都市の最小単位であり地区共同体である街区（マハッレ）が形成された。モスクやマドラサ、救貧院、コーラン学校といった宗教・教育施設と、市場、キャラバンサライ、共同浴場（トルコ風呂）といった商業施設が計画的に集中して建設された。そして、市場などの商業施設にワクフが設定されてモスクなどの宗教・教育施設に寄

進された。このような宗教・教育施設と商業施設などからなる一種の複合体のことをイマーレットと呼び、建前としてワクフの所有者はアッラーであり、何人もそれを犯すことはできないとされていたから、イマーレットは運営面でも財政面でも一個の独立した存在として扱われた。

スルタンによる復興事業の内容を伝えているのが「メフメト2世のワクフ文書」である。ワクフ文書は、ワクフの設定者が寄進を行う際に作成する文書のことで、通例では、①序 ②ワクフ財産 ③ワクフ条項 ④結語の四部からなる。

① 序：神への賛辞とワクフの設定理由が慣用的な文言で述べられた後、ワクフによって管理される諸施設（ワクフの目的）の名称、所在地及び個々の施設の用途が説明される。

このワクフ文書によると、5つのモスクと1つの宿泊所（修道者や旅人のための施設）が6つのキリスト教会から転用された。さらに、3つのモスクが新しく建設され、その付属施設として8つのマドラサ、8つの学生寮、各1つのコーラン学校、マドラサ附属図書館、救貧院及び病院が建設された。これらの施設の永続のために、市内の多数の建物とイスタンブール周辺の35ヶ村がワクフ財産として寄進された。そして、「正式な記録に全てを記述し、永遠に聖なるワクフの務めをこの本に基づいて行うことが王家の希望である」という命令に従い、このワクフ文書の中でワクフの状態を全て明らかにしたのである。」とワクフ文書作成理由が述べられている。

② ワクフ財産：農地、市場、キャラバンサライ、浴場、建物、粉ひき場、土地片の順でワクフ財産が列挙されている。イスタンブール市内の建物の総数は、3,900件にも及ぶ。その内訳は、店舗2357件、キャラバンサライ5件、家屋1043件、部屋258件、倉庫163件、粉ひき場54件、浴場15件などである。これらの建物を賃貸し、その収益をワクフの目的に寄進するのである。

③ ワクフ条項：ワクフの目的である各施設の管理・運営に関する条件を定めており、ウラマーや一般職員などの資質・人数・職務内容・俸給・使用される備品の費用などが詳細に規定されている。この他に、ワクフ機構全体の運営に係わるワクフ管理人、書記、集金人などの職務内容と俸給、孤児への恵み、地区内の夜警人の任命などについても記述されている。

④ 結語：ワクフの永続を期して、再びワクフ施設の確認がなされ、このワクフ文書の規定を守らない者に対する最後の審判の日における裁きのことなどが述べられて、終りと

なる。

(2) 家族ワクフ～ガラオスマンオウル家のワクフ文書

18世紀中ごろから19世紀半ばの100年間にわたって、アナトリア半島のエーゲ海岸一帯に大きな影響力を有していた豪農ガラオスマンオウル家の8人が、17点のワクフ文書を残している。同家は、徴税請負と大農場（穀物、綿花、オリーブ、羊と馬の飼育）の経営をその経済基盤とし、サルハン県と呼ばれた地方の代官職を独占していた。同家は、徴税請負と大農場経営によって莫大な富を蓄積すると、それを投じて都市及び農村に多数のハーン（キャラバンサライ）や店舗、産業施設を建設ないし購入し、これらの不動産から生ずる利益の一部を、同じく同家によって建設されたモスクや学校、給水施設、橋、道路などの公共・公益施設の維持・管理に当てるべく寄進した。

同家のワクフ文書は、アッラーと預言者ムハンマドへの賛辞やワクフの設定目的（理由）に関する記述を省略し、ワクフの設定を裁判官に申請したことを簡単に記述した後、直ちにワクフ財産の列挙に入る場合が多い。

① ワクフ施設とその管理：ワクフ施設（寄進の目的）は、モスク14、マドラサ12、ハディース学校1、初等学校1、図書館1、引水路24、給水施設43、道路12及び橋5の合計113の公共・公益施設である。表1は、ワクフ施設に従事する者とワクフ管理人等の日給を示したものである。これらの者のうち、清掃人、門番、生徒、水番、水路管理人、集金係、書記を除く他の者はウラマーであり、イスラムの学問を修めた者として一定の社会的地位をもつ人々である。イスラム社会では、ウラマーは、ワクフ施設において宗教・教育に関する指導的役割を果たすとともに、そこに生活上の経済基盤をおいていたのである。また、ワクフは、貧者に施しただけではなく、就職の機会を提供するものであったともいえる。

② ワクフ財産：表2は、同家の8人が寄進した全てのワクフ財産の種類別・都市別一覧表である。数の上からは、床屋、雑貨店、製パン所、パイ店、コーヒー店といった都市生活においてよく利用されるものが多く、このことは、ワクフ財産がそれによって産業を興すのではなく、もっぱら店賃の獲得にあったことを示す。搾油所と製粉所は、同家の経済基盤が特産品であるオリーブや穀物の栽培にあったことの反映である。

同家は、当時、中東随一の貿易港であったイズミルにいち早く進出し、同家の大農場があるイズミル後背地の産物の輸出ルートを確保していた。その反映として、ギリシャ人家

表1：ワクフ施設職員

	施設	職種	日給(アクチェ)
宗教	モスク	集団礼拝指導者(İmām)	5-60
		説教師(Hatib)	3-60
		訓戒師(Vâiz)	10-16
		礼拝の時を告げる者(Müezzin)	3-20
		祈祷師(Duacı)	20
		管理人(Kayım)	10-40
		清掃人(Ferrâş)	4-5
		門番(Bevvab)	2
教育	マドラサ	教授(Müderriş)	10-400
		生徒(Talebe)	4-20
		門番	3-6
		清掃人	3-6
	スヤピン	教師(Muallim)	24
		助手(Halife)	6
	図書館	書籍管理人(Hâfız-ı kütüb)	60
		助手	60
		清掃人	40
社会	給水所	水番(Âbkeş)	8
		水路管理人(Suyolcu)	20-60
ワクフ管理		(ワクフ全体の) 管理人(Nütevelli)	20-40
		ワクフ施設管理人(Nâzır)	6-10
		集金係(Câbi)	5
		書記(Kâtib)	8-10

出典：永田雄三「前近代トルコにおける地域社会の形成とワクフ制度」

表 2 : 都市別ワクフ物件

部 市 名 物件		イ ズ ミ ル	マ ニ サ	ア ク ヒ サ ル	ト ウ ル グ ト ル	ペ ル ガ マ	ク ル ク ア ー チ	ク ヌ ク	農 村	計
1890年の戸数		(16,523)	(9,562)	(2,266)	(3,615)	(2,532)	(2,570)			
ハーン	Hân	1 (143)	5 (19)	1	4 (9)	6 (23)	2 (8)	2		21
ヨーロッパ人家屋	Frenkhâne	9								9
ギリシャ人家屋	Rumhâne	22 (51)	7 (9)		4 (5)	1			2	36
ユダヤ人家屋	Yahudihâne	3 (79)	(19)		1 (7)	(2)				4
邸宅	Konak, Menzil	2	2		2	2				8
その他		12	4							16
公衆浴場	Hammam	(34)	(10)	(3)	(5)	(5)	1 (2)			3
床屋	Berber		2	1	8	2	5	1	2	22
雑貨屋	Bakkal		8		4	16	20	7	35	86
製パン所	Firin	(251)	5 (57)	1 (20)	5 (46)	5 (30)	2 (28)	2	7	27
肉・チーズ入りパン店	Dörekçi		3		11	1	2		4	21
コーヒー店	Kahvehane	(449)	6 (98)	(28)	11 (60)	4 (22)	2 (35)	3	2	28
シャベット店	Şerbetthane	2	4		7		1			15
肉屋	Kasap					7	1	2		10
タバコ屋	Duhancı		2		1	1	2			6
生薬店	Attar	3	1							4
果物屋	Yemişçi		2			4	1	1		8
その他		4	3	2	1	10	5	5	2	32
鍛冶屋	Demirci					17	3		1	21
蹄鉄屋	Nalband		2		2	3	1			7
掃帚所	Yaghâne	(27)	4 (14)	2 (10)	3 (6)	3 (10)	(4)	1	15	23
材木屋	Keresteci		2			1				3
製靴店	Pabuşçu			3	3	26	23		1	56
製粉所	Değirmen	3 (57)	5 (79)	1 (8)	5 (17)	1 (8)	(1)		23	39
その他		1	2	7	5	18	17	18	2	72
縫製店	Terzi					15	2			17
ふとん屋	Yorgancı	2				1				3
羊毛製布地店	Abacı				2	1	6			9
白綿布店	Bezzaz		7		1	1	3			12
やぎ毛製布地店	Notaf					5				6
その他		1	3	1		5	5			15
職種不明の店		22	9	1	28	13	25		13	111
1890年の總店数		(5,360)	(1,710)	(566)	(1,035)	(779)	(485)			
野菜畑	Bahçe	(35)	2	1	9		1	1	31	45
その他			2	1					9	12
計 () 内のぞく		87	91	22	121	168	130	47	152	816

() 内の数字は、すべて1890年のアイドゥン州年報から引用したものである。

出典：永田鏡三 同書

屋、ヨーロッパ人家屋、ユダヤ人家屋、そしてハーンがある。例えば、ギリシャ人家屋は、ギリシャ人を入居させることを目的とした建物であるが、単なる住居ではなく、3階に3つの部屋、1つの台所、1つの物置、2階に1つの部屋、1つの居酒屋、1つの便所、1階に1つのシャーベット店、3つのシャーベット貯蔵所、1つの食堂、1つの雑貨店とその倉庫及び若干の庭をもつ複合ビルである。オスマン帝国とヨーロッパとの貿易が拡大する中で、同家は貿易商としての地歩を固めつつあった。商業には金融が不可欠であるが、利子を原則として禁ずるイスラム法下において、「ユダヤ人家屋」の活用が行われていたと思われる。

同家は、イズミルをはじめ各都市に多数のハーンを所有またはワクフ財産としていた。ハーンは、都市にあってはキャラバンサライを兼ねるとともに、生産物の集荷・取引の場であった。あるハーンは、「綿花ハーン」と呼ばれ、2階に43の部屋、1階に33の倉庫をもつ大規模なビルであり、特産品である綿花の集荷場としての機能を有する他に、出稼ぎや行商にたずさわるムスリム下層民の住居としても用いられていた。

ギリシャ人家屋と綿花ハーンの記述からもわかるように、ワクフ財産は特定され、かつ詳細に記述されている。さらに、ワクフ財産を特定するために、ワクフ財産たる建物の東西南北に隣りあわせた不動産（公道を含む）についても記述されるのが普通である。したがって、今日、イスラムの伝統的な街並みを研究する際に、ワクフ文書が研究されることがある。

③ ワクフ条項：同家のワクフ文書は、例外なくすべて、生前は設定者が管理人となることを規定している。設定者の死後は、その子供（男・女）が子々孫々まで管理人となること、子孫が途絶した場合には兄弟・姉妹の子孫、それも途絶えた場合には同家の奴隷の子孫、それも途絶えた場合にのみ、ワクフ収益をメディナの貧者などに分配するよう規定する。

管理人は、ワクフ収入からワクフ施設の維持・管理に要する費用を差し引いた残りを取得することができる。同家の場合、設定者及びその子孫が管理人を兼ねるから、同家のワクフは、自益と他益の混在型であり、かつ慈善ワクフと家族ワクフとの中間型である。当時は、この中間型が一般的であったようである。

ガラオスマンオウル家は、代官職として徴税を請負うとともに、大農場を経営し（生産）、特産品を加工し、それらを各都市及びイズミルに集荷し（運送・流通）、ヨーロッパに輸出（貿易）していた。このシステムを支えるための生活・産業上の基盤として、都市

機能を整備した。イスラム都市の中核であるモスクをはじめ、公共・公益施設を自ら建設・整備し、これらの社会資本を維持・管理するために、ワクフ財産として商業施設を建設ないし購入するとともに、自らの経済基盤の一部にワクフを設定したのである。

5 む す び

ワクフと信託には多くの共通性が見られ、多分両者は相互に影響を受けながら発展してきたと思われるが、大きな違いも生じている。主な相違点として

第一に、ワクフ財産の所有権が、形式的にも、ワクフ管理人（信託の受託者に相当）に移転しないことである。それゆえに、ワクフ管理人と信託受託者の義務と権限に大きな違いが生ずることになる。

第二に、永久性である。公益性を有する場合、信託も永久性が認められ、英米にあっては信託基金に法人格を与えたものを財団法人と認識するから、永久性に関し慈善ワクフと信託に大きな違いはない。問題は家族ワクフである。近代法的な観点からは、私益目的に永久性を与えることは否定される。ワクフ財産の中心が不動産であるから更に否定されるべきであろう。

第三に、ワクフ財産とくに金銭と有価証券の取り扱いであろう。近代に至るまでは、信託財産の中心は不動産であった。しかるに、産業革命を経て資本主義が発展するにつれて、富に占める不動産の比重が低下し、金銭と有価証券の比重が高まることとなった。このような変化を反映し、更には金融機関としての法人受託者の登場により、信託財産の中心も金銭、有価証券へ移行した。一方、原則として利子や法人を認めないイスラム法下において、金銭や有価証券はワクフ財産とはなり得なかった。このような柔軟性の欠如が、ワクフが前近代から近代への脱皮に失敗し、前近代の遺物として衰退ないし禁止される原因の一つとなっているようである。

最後に、筆者は研究者ではなく単なる銀行員です。本文のイスラムおよびワクフに関する内容の多くは、下記文献から引用ないし借用したものです。

引用・参考文献

- W. Heffening “Wakf” in Shorter Encyclopaedia of Islam 1958
- “THE ISLAMIC WAKF” in The Trust and its Counterparts Outside the Common Law

1972

- 遠峰四郎 「ワクフについて」 法学研究33巻8号、1960
- 遠峰四郎 「イスラム法」 慶応通信 1976
- 山本佳代子 「15世紀後半のイスタンブール——メフメト2世の復興策を中心として——」 お茶の水史学 25号 1982
- 永田雄三 「前近代トルコにおける地域社会の形成とワクフ制度」 西と東と 汲古書院 1985
- 大島俊之 「信託の起源はイスラム法？」 信託 1989—III 信託協会
- 「イスラム事典」 平凡社 1982
- 佐藤次高編 「イスラム・社会のシステム」 筑摩書房 1986
- 中村廣治郎編 「イスラム・思想の営み」 筑摩書房 1978
- 木場公男 「イスラーム法学」 中央大学出版部 1978
- 片倉もと子 「イスラームの日常世界」 岩波書店 1991
- アブドル=ワッハーブ・ハッラーフ著、中村廣治郎訳 「イスラムの法—法源と理論」 1984

(禁無断転載)

(非売品)

平成5年8月31日印刷

平成5年8月31日発行

信託および信託類似制度の研究

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

住友信託銀行八重洲ビル内

Tel. 03-3286-8100 (代表)

印刷：(株) デイグ